Die
Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge
auf die Gesellschaft nach BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Erich Riccius
Kammergerichtsreferendar

LAND.BAT
BIBL

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902

Meinem lieben Onkel

Clemens Schmidt.

Verzeichnis der citierten Schriftsteller.

André, Fr. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht. 1890.

Bechmann, August. Der Kauf im römischen Recht. 1876.

Cosack, Conrad. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 1898—1900.

Crome, Carl. System des deutschen bürgerlichen Rechtes. 1902.

Dernburg, Heinrich. Pandekten. 6. Auflage. 1900—1901.

Dernburg, Heinrich. Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, zweiter Band: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 1899—1901.

Endemann, F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Getzbuchs. 6. Auflage. 1899—1900.

Enneccerus, L. und Lehmann, H. O. Das bürgerliche Recht. 2. Auflage. 1901.

Eschelbacher, Max. Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen. Inaugural-Dissertation. Rostock. 1902.

Foerster, Franz. Preußisches Privatrecht, bearbeitet von Eccius, M. E. 7. Auflage. 1896.

Gierke, Otto. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Gierke, Otto. Deutsches Privatrecht. 1895.

Heerwart. Über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Archiv für civilistische Praxis Band 18 (1835) Seite 387—418.

Hefele, Emil. Entwickelung der Lehre von der Societät ausschließlich nach römischem Recht. Dissertation. Tübingen. 1864.

Holzschuher, Rudolf Freiherr von. Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. 3. Auflage, nach dem Tode des Verfassers besorgt von Kuntze, Johannes, Emil. 1864.

Jhering, Rudolf von. Der Zweck im Recht. 2. Auflage. 1884—1886.

Jaeger, Friedericus Andreas. De exceptione non impleti contractus conclusiones selectae. Tubingae 1688. Gabrielis Schwederi disputationum tomus I, disputatio VII.

Keller, Friedrich Ludwig. Pandekten. Vorlesungen aus dem Nachlaß des Verfassers, herausgegeben von Friedberg, Emil. 1861.

Kisch, Wilhelm Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.

Kisch, Wilhelm. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in Jherings

Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes. Zweite Folge. Achter Band. 1902.

Knocke, Paul. Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.

Kuhlenbeck, Ludwig. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. 1898.

Loewy, Richard. Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. Eine romanistische Abhandlung. 1888.

Lotmar, Philipp. Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. I (1902).

Matthiaß, Bernhard. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Auflage. 1900.

Meißner, J. Das Recht der Schuldverhältnisse Kommentar zum zweiten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. 1898.

Mommsen, Friedrich. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Rechtsverhältnisse. Beiträge zum Obligationsrecht. Erste Abteilung. 1853.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. (Guttentags Verlag.) 1888.

Müller, Gustav. Die Gesellschaft. Skizzen zum Bürgerlichen Gesetzbuche XI. Seuffert, J. A. Blätter für Rechtsanwendung. Herausgegeben von Staudinger, Julius von, Band 63 (1898), Seite 405—412, 425—432.

Oertmann, Paul. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Planck, G. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Unzner. Seit 1897.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. 1897.

Puntschart, P. Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts. 1885.

Scherer, M. Bürgerliches Gesetzbuch. 1898.

Schmidt, Eugen. Die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche mit Berücksichtigung der am 1. Januar 1900 in Kraft tretenden Reichsgesetze und unter Hinweis auf das bisher geltende Recht. Inaugural-Dissertation. Erlangen. 1899.

Schollmeyer, Friedrich. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche 1897.

Schollmeyer, Friedrich. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900. Zweiter Band des Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuche nebst dem Einführungsgesetz von Hölder, Schollmeyer, Fischer, Heymann, Schmidt, Schultze.

Seuffert, J. A. Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Stammler. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Titze, Heinrich. Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. 1900.

Tödter, Heinrich. Die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über die gegenseitigen Verträge. Ein

Beitrag zur Auslegung der §§ 320—327. Inaugural-Dissertation. Erlangen 1899.

Treitschke, Georg, Karl. Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und vom Kommanditen nach römischem Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen. 2. Aufl. 1844.

Windscheid, Bernhard. Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Kipp, Theodor 1900.

Zimmermann, Friedrich. Über die Statthaftigkeit der s. g. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen die actio pro socio. Archiv für civilistische Praxis Band 63 (1871), Seite 255—262.

Inhalts-Übersicht.

Seite.

Einleitung. § 1 14

1. Kapitel: Ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag?

I. Begriff und Wesen des gegenseitigen Vertrages. § 2 17

II. Die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrages.

1. Der Wortlaut des § 705 BGB. spricht dafür. § 3 19

2. Innere Begründung.

a) Die Leistung besteht in den Gesellschaftsbeiträgen, die Gegenleistung

α) nicht in der Erreichung des Gesellschaftszweckes. § 4 . 20

β) nicht in dem, was die Gesellschafter bei Beendigung der Gesellschaft herausbekommen. § 5 23

γ) sondern in den übrigen Beiträgen. § 6 24

b) Andere Leistungspflichten der Gesellschafter und ihre Gegenverpflichtung.

α) Zwischen den sonst zur Förderung des Gesellschaftszweckes auf Grund des Gesellschafts-

Seite.

vertrages übernommenen Pflichten besteht die synallagmatische Natur. § 7 . . 29

β) nicht aber zwischen den sich erst im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses ergebenden Verpflichtungen. § 8 . . . 30

γ) daß Synallagma besteht wiederum bezüglich der Ansprüche auf Teilung des Gewinnes und des Verlustes § 9 31

c) Zusammenfassung. § 10. . . . 33

2. Kapitel: Die Anwendbarkeit der §§ 320—327 BGB. auf die Gesellschaft.

I. Die Anwendbarkeit im allgemeinen. § 11 . . 35

II. Die Anwendbarkeit der einzelnen Sätze.

1. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages § 12 38

2. Die Unmöglichkeit der Leistung.

a) Von keiner Partei zu vertretende Unmöglichkeit. § 13 56

b) Zu vertretende Unmöglichkeit

α) der andere Teil ist vertretungspflichtig. § 14 . . 69

β) der Teil ist selbst vertretungspflichtig. § 15 . 73

3. Verzug eines Gesellschafters. § 16 . . 77

Schluß. § 17 81

Abkürzungen.

Die Lehrbücher bezw. Kommentar von Cosack, Crome, Endemann, Enneccerus-Lehmann, Planck u. s. w. Kuhlenbeck, Matthiaß, Meißner, Oertmann, Scherer, Windscheid sind mit dem bloßen Namen der Verfasser citiert, desgleichen die Spezialschriftgen von Knoke, Loewy, Schmidt, Titze Tödter.

Die beiden Werke von Dernburg werden citiert: Dernburg, Pandekten und Dernburg BR. Bd. 2, die beiden Werke von Schollmeyer: Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse und Schollmeyer, BGB. Bd. 2.

Die übrigen Werke werden in üblicher Weise abgekürzt citiert.

„Kipp zu Windscheid" oder „Kuntze zu Holzschuher, Theorie und Kasuistik" bedeutet die von diesen gemachten Zusätze zu den Werken.

a. a. O. = am angegebenen Orte.
Abs. = Absatz.
a. M. = anderer Meinung.
Anm. = Anmerkung.
Bd. = Band.
bezw. = beziehungsweise.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
d. h. = das heißt.
fg. = folgende.
HGB. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Nr. = Nummer.
s. = siehe.
S. = Seite.
sg. = sogenannt.
s. o. = siehe oben.
Stz. = Satz.
s. u. = siehe unten.
u. a. = und andere.
u. s. w. = und so weiter.
vgl. = vergleiche.
z. B. = zum Beispiel.

Einleitung.

§ 1.

„Abhängig von seinen Mitmenschen durch sein Bedürfnis, und in um so höherem Grade, als dasselbe sich steigert, wäre der Mensch das unglücklichste Wesen, wenn die Befriedigung seines Bedürfnisses vom Zufall abhinge, wenn er dabei nicht vielmehr mit aller Sicherheit auf die Beihilfe und Mitwirkung seiner Mitmenschen zählen könnte."[1] Auf dieser Thatsache beruht unser gesamtes wirtschaftliches Leben. Die Beihilfe und Mitwirkung der anderen Menschen äußert sich auf verschiedene Weise. Die Menschen müssen einander mit ihren Gütern und Kräften aushelfen, denn, was der eine im Überfluß hat, daran leidet ein anderer Mangel. Doch in unserer vom Egoismus beherrschten Zeit kann der Mensch nur durch einen ihm winkenden Vorteil bestimmt werden, dem anderen einen Mangel beseitigen zu helfen. Er wird daher in der Regel nur dem seine Hilfe zuwenden, welcher ihm seinerseit einen Mangel in seinem Vermögen beseitigen hilft. Es liegt demnach ein Austausch vor. Hieraus haben sich unsere wichtigsten alltäglichen Geschäfte entwickelt, wie Kauf-, Tausch-,

1) Ihering, Zweck im Recht, Bd. I, S. 99.

Miet-, Werk-, und Dienstvertrag. Noch auf eine zweite Art und Weise bethätigt sich die Notwendigkeit des Zusammenwirkens der Menschen. Dem einzelnen wohnt nur eine im Verhältnis zu den großen Zielen unserer Zeit geringe wirtschaftliche Kraft inne. Infolgedessen ist er als einzelner vielen Aufgaben nicht gewachsen, reichen seine Kräfte nicht aus, um einen Schatz zu heben. Es bedarf der vereinigten Anstrengungen mehrerer einzelner Personen, um die Schwierigkeiten zu überwinden. Einen solchen Zusammenschluß von Einzelpersonen bezeichnet man als Gesellschaft.

Die beiden eben dargelegten Verhältnisse haben das Gemeinsame, daß sie auf gegenseitige Verpflichtungen gegründet sind; bei beiden haben wir es mit Verträgen zu thun. Das BGB. hat nun in den §§ 320—327 allgemeine Bestimmungen über gegenseitige Verträge erlassen. Den Verträgen, bei denen ein Austausch stattfindet, wie Kauf, Tausch u. s. w. steht aber der Gesellschaftsvertrag als etwas Besonderes gegenüber. Infolgedessen besteht ein Streit, ob man auch den Gesellschaftsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen zählen muß und ob die §§ 320—327 BGB. auch auf die Gesellschaft zur Anwendung kommen können.

Die aufgeworfene Frage wird hier nur für die Gesellschaft des BGB. geprüft werden, jedoch wird ihre Beantwortung auch von Bedeutung für das Handelsrecht sein, da ja die Vorschriften des BGB. auch auf die offene Handelsgesellschaft Anwendung finden.[1]

1) § 105 GHB.

Wenn im folgenden die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach BGB. zu prüfen ist, so muß zunächst untersucht werden, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320—327 BGB. ist; denn, wenn diese Frage verneint werden muß, ist eine Anwendbarkeit der fraglichen Paragraphen a priori ausgeschlossen. Erst wenn wir diese Frage bejaht haben, kann untersucht werden, inwiefern die allgemeinen Vorschriften der §§ 320—327 BGB. auch auf diesen gegenseitigen Vertrag zur Anwendung kommen. Vorweggeschickt muß noch werden, daß bei sämtlichen folgenden Ausführungen anzunehmen ist, daß keine besonderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages entgegenstehen. Ist dies der Fall, dann gelten diese, weil die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft mit wenigen Ausnahmen[1] dispositiver Natur sind.

1) §§ 716 Abs. 2, 719 Abs. 2, 720, 723 Abs. 3, 725 BGB.

I. Kapitel.

Ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag?

I. Begriff und Wesen des gegenseitigen Vertrages.

§ 2.

Über Begriff und Wesen des gegenseitigen Vertrages hat das Bürgerliche Gesetzbuch keine Entscheidung getroffen und auch nicht treffen wollen.[1] Diese Aufgabe ist vielmehr der Wissenschaft und Praxis überlassen geblieben.

Über den Inhalt[2] des gegenseitigen Vertrages ist man sich einig. Ein solcher hat ein wechselseitiges Verpflichten der Parteien zu gewissen Leistungen zum Gegenstande und zwar in der Weise, daß jede Leistung das Äquivalent der anderen ist. Es ist wesentlich, daß sich jede Partei zur Leistung nur verpflichtet um der Gegenverpflichtung willen. Es liegt hierin sowohl eine

1) Motive Bd. II S. 200.

2) Vgl. zum folgenden: Cosack Bd. I S. 299; Endemann Bd. I S. 532 fg.; Kisch in Iherings Jahrbüchern zweite Folge Bd. VIII S. 74; Matthiaß Bd. I S. 386; Planck Bd. II S. 91; Schollmeyer BGB. Bd II S. 356; Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 85; Titze S. 309; Windscheid Bd. II S. 294.

finale als auch eine kausale Beziehung; jeder verpflichtet sich *damit* und *weil* auch der andere sich verpflichtet. Somit wird jede Partei zugleich Gläubiger und Schuldner. Zum Vorhandensein eines gegenseitigen Vertrages ist notwendiges Begriffsmerkmal, daß auf beiden Seiten von vornherein Rechte und Pflichten entstehen. Für die eben geschilderte wechselseitige Verpflichtung gebraucht man auch den Ausdruck Synallagma und nennt diese Verträge daher auch synallagmatische.[1] Im strikten Gegensatz zu ihnen stehen demnach die einseitigen Verträge, z. B. das Darlehnsversprechen, bei denen nur auf der einen Seite eine Verpflichtung begründet wird. Ebenfalls einen Gegensatz bilden die s. g. contractus bilaterales inaequales,[2] z. B. der Auftrag. Bei diesen besteht nicht die innige Wechselbeziehung zwischen den Verpflichtungen, da die eine nicht notwendig sondern nur eventuell eintritt, während die andere Partei notwendig verpflichtet ist.

Während man sich über den *Inhalt* des gegenseitigen Vertrages, wie gesagt, einig ist, herrscht über seine *juristische Konstruktion* heftiger Streit.[3] Ein

---

1) Früher war die Bezeichnung „zweiseitige Verträge" üblich oder contractus bilaterales. Doch hat man diese fallen lassen und die im Text gebrauchten Ausdrucksweisen beibehalten, weil diese dem Wesen des Vertrages mehr entsprechen, denn zwei Seiten hat jeder Vertrag nämlich Berechtigung und Verpflichtung.

2) Man zählte demnach, wie der Name besagt, auch diese zu den zweiseitigen Verträgen, die synallagmatischen Verträge nannte man im Gegensatz zu ihnen contractus bilaterales aequales.

3) Vgl. André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages S. 28 fg. Kisch in Iherings Jahrbüchern, zweite Folge Bd. VIII S. 74 fg.; Windscheid Bd. II S. 296.

Eingehen auf diesen ist im vorliegenden Falle nicht geboten. Denn es handelt sich hier nicht darum, wie die gegenseitigen Verpflichtungen im Verhältnis zu einander stehen, sondern ob solche überhaupt bestehen, d. h. ob die oben genannten Voraussetzungen, die den Inhalt des gegenseitigen Vertrages bilden, auch bei der Gesellschaft vorhanden sind.

II. Die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrages.

§ 3.

Das Wesen des Gesellschaftsvertrages charakterisiert § 705 BGB:

> Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten."

Das BGB. betont demnach ausdrücklich, daß eine gegenseitige Verpflichtung vorliegt. Dies spricht sehr dafür, in dem Gesellschaftsvertrag einen gegenseitigen Vertrag zu sehen. Denn das Gesetzbuch hätte kaum denselben Ausdruck „gegenseitig" hier angewendet, wie bei den §§ 320—327, wenn nicht darin ein Hinweis auf deren Anwendbarkeit liegen sollte. Diejenigen, welche dem Gesellschaftsvertrage die synallagmatische Natur absprechen wollen, glauben allerdings aus dem oben citierten Wortlaut des § 705 BGB. noch nichts ihrer Ansicht Entgegenstehendes entnehmen zu müssen. Aus dem Wortlaut des Paragraphen allein kann man

natürlich die Gegenseitigkeit nicht entnehmen, es muß die innere Begründung hinzukommen.

§ 4.

Zum gegenseitigen Vertrage ist begrifflich notwendig die wechselseitige Verpflichtung. Die durch den Gesellschaftsvertrag bedingte hauptsächlichste Verpflichtung ist der Gesellschaftsbeitrag. Es ist daher jetzt zu untersuchen, ob ihm gegenüber eine Gegenverpflichtung besteht, welche die synallagmatische Natur rechtfertigt

In der Litteratur sind mehrfache Ansichten bezüglich der den Beitragspflichten gegenübertretenden Gegenverpflichtungen vertreten. So ist als Gegenleistung die Erreichung des Gesellschaftszweckes angenommen worden.[1] Die Gesellschaft, d. h. die Gesamtheit der Gesellschafter, hätte hiernach die Gegenverpflichtung für die geleisteten Beiträge den Gesellschaftszweck zu erreichen, d. h. in den meisten Fällen, den erwarteten Gewinn zu erzielen. Die Argumente, welche Titze[2] gegen diese Ansicht anführt, sind nicht stichhaltig. Bei wohlthätigen, kulturellen u. s. w. Gesellschaften hält er eine Gegenleistung für nicht vorhanden, da die Gesellschafter kein Äquivalent bekämen. Dies ist dennoch der Fall. Nehmen wir z. B. an, daß mehrere Personen eine Gesellschaft gründen, um ein Krankenhaus zu

1) So Foerster-Eccius Bd. II S. 364, Anm. 5 und S. 372; im Anschluß an diesen Schmidt die Gesellschaft S. 20; Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung S. 3 Anm. 6; Mommsen, Beiträge Bd. I S. 408.

2) S. 309 fg.

errichten, in welches nur unbemittelte Personen kostenlos aufgenommen und behandelt werden. Allerdings liegt hier keine derartige Gegenleistung wie bei den Erwerbsgesellschaften vor. Es werden zwar keine greifbaren Vorteile erzielt aber immerhin moralische. Die Gegenleistung besteht eben hierbei nicht in der Gewinnerzielung, sondern darin, daß die Gesellschaft den Armen Unterstützung und Behandlung gewährt. Ein greifbarer Vorteil ist z. B. auch bei vielen Verträgen zu Gunsten eines Dritten wenigstens auf der einen Seite nicht vorhanden, wenn z. B. jemand einen anderen gegen Entgelt verpflichtet, einen Dritten zu erziehen, der dem ersteren gar nicht bekannt ist. Hier hat man es aber unzweifelhaft mit einem gegenseitigen Vertrage zu thun.

Dafür, daß man auch bei den Gesellschaften, wo die Erreichung des Gesellschaftszweckes den Gesellschaftern einen greifbaren Vorteil bietet, also besonders bei den Erwerbsgesellschaften, nicht von einem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zwischen den Beiträgen und Gewinnanteilen sprechen könne, führt Titze folgendes an.[1] Nach § 722 BGB. sind die Gewinnanteile, wenn im Gesellschaftsvertrage nichts anderes bestimmt ist, gleich, auch wenn die Höhe der Beiträge verschieden ist. Danach würde also, wenn einem Gesellschafter die Leistung seines Beitrages teilweise unmöglich wird und die Gesellschaft trotzdem fortbesteht — z. B., wenn der Gesellschaftszweck noch erreichbar bleibt und nach § 733 BGB. nicht gekündigt werden kann oder wird — dessen Anteil an Gewinn ebenso groß sein wie der Anteil derer,

1) S. 310 fg.

die ihre Beiträge voll geleistet hätten. Nehme man nun aber an, daß Beiträge und Gewinnanteile im Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung ständen, dann müßte man hier den § 323 Abs. 1 Stz. 2 zur Anwendung bringen und der Gewinnanteil des Gesellschafters, welcher nicht voll geleistet hat, in entsprechender Weise gemindert werden. Hieraus würden sich nun unlösbare Widersprüche ergeben, weshalb man Leistung und Gegenleistung nicht in den Beiträgen und Gewinnquoten erblicken könne. Die Folgerung, welche Titze aus diesem Widerspruch zieht, trifft nicht zu. Der Widerspruch würde vielmehr zur Folge haben, daß auf Grund der speziellen Vorschrift des § 722 BGB. der allgemeine § 323 nicht zur Anwendung kommen könnte. Aber liegt denn überhaupt ein Widerspruch, wie Titze annimmt, vor? Wenn bei eintretender teilweiser Unmöglichkeit der Gesellschafter einen ebenso hohen Gewinnanteil bekommen sollte, als wenn er seine Leistung vollkommen bewirkt hätte, so läge doch hierin eine große Unbilligkeit und man müßte dies notwendig für eine Lücke des Gesetzbuchs erklären. Diese Lücke würde aber § 323 Abs. 1 gerade ausfüllen, denn über die teilweise Unmöglichkeit bietet das Gesellschaftsrecht des BGB. keine Handhabe. Dieser Paragraph stände demnach nicht nur nicht im Widerspruch mit den Gesetzesvorschriften über die Gesellschaft, sondern würde sie sogar und zwar in durchaus notwendiger Weise ergänzen, wobei natürlich immer anzunehmen ist, daß die Erzielung des Gewinnes die Gegenleistung für die Gesellschaftsbeiträge ist. Auch das Bedenken, daß, wenn kein Gewinn oder

Verlust erzielt wurde, keine Gegenleistung vorhanden sei, ist hinfällig. In diesem Falle wäre eben die Gegenleistung unmöglich geworden und würde § 323 Abs. 1 Stz. 1 BGB. wegfallen bezw. nach §§ 324, 325 BGB. dem, der die Unmöglichkeit zu vertreten hat, zur Last fallen.

Der Grund dafür, die Gegenseitigkeit zwischen den Beiträgen und den Gewinnanteilen auszuschließen, ist ein anderer. Nicht was man *durch* die Beiträge erwirbt, kann man als Gegenleistung ansehen, sondern nur, was man *für* dieselben, d. h. an ihrer Stelle, bekommt. Die Beitragsleistung und Erreichung des Gesellschaftszweckes bewegen sich in derselben Richtung, während Leistung und Gegenleistung aus entgegengesetzten Richtungen auf einander zukommen. Es findet kein Austausch statt, denn die Beiträge bleiben im Gesellschaftsvermögen, gehören also auch trotz des Gewinnes immer noch den Gesellschaftern und werden auch bei Beendigung der Gesellschaft, soweit dies möglich ist, zurückerstattet.[1] [2]

§ 5.

Man könnte annehmen, daß die Gegenleistung, welche den Gesellschaftsbeiträgen als Äquivalent gegenübersteht, in dem bestehe, was die Gesellschafter

1) Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse S. 74 und Lotmar Band I S. 40 sehen auch nicht im Gewinn eine Gegenleistung für den Beitrag

2) Daß dagegen die Ansprüche der Gesellschaften auf Zuteilung der Gewinnquote synallagmatischer Natur sind, wird unten S. 31 fg. dargelegt werden.

bei der Beendigung der Gesellschaft herausbekommen.[1] Auch diese Annahme läßt sich nicht aufrecht erhalten. Es fehlt hier die Notwendigkeit der gegenüberstehenden Rechte und Pflichten. Denn „es liegt nicht im Begriff des Gesellschaftsvertrages, daß er wieder aufgelöst wird."[2]

§ 6.

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, ob etwa zwischen den Beitragspflichten der Gesellschafter selbst ein hohes Verhältnis besteht, daß sich daraus die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrages verteidigen läßt.

Kuntze[3] meint, daß die beiderseitigen Leistungen, nicht als Äquivalente einander selbständig gegenübertreten und zwar für das gemeine Recht. Titze[4] hält das notwendige Abhängigkeitsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht für vorhanden. Der Beitrag sei nicht der juristische Zweck, um dessentwillen der andere leiste, der juristische Zweck des Gesellschaftsvertrages bestehe lediglich in der Erreichung des gemeinsamen Zieles.

Diese letztere Behauptung dürfte nicht zutreffen. Dieser Zweck ist allerdings der Endzweck der Gesellschaft aber nicht ihr alleiniger Zweck. Zunächst verpflichten sich die Gesellschafter zu Gesellschaftszwecken zur Leistung

1) Vgl. Titze S. 310.
2) Titze S. 311.
3) Zu Holzschuher Bd. III S. 38. Ebenso Mommsen Beiträge Bd. I, S. 408.
4) S. 309 fg.

von Beiträgen; der Zweck des Gesellschaftsvertrages ist also einmal, die Verpflichtung zur Beitragsleistung zu begründen. Dies geschieht aber nur so, daß jeder auf Grund der Verpflichtung des anderen seinerseits die Verpflichtung übernimmt und zugleich in der Absicht, den anderen zur Verpflichtung zu bestimmen.[1] Hiermit ist aber die zum Vorhandensein eines gegenseitigen Vertrages notwendige Abhängigkeit gegeben.[2] Die thatsächlichen Leistungen sind allerdings nicht, wie Titze richtig ausführt, der juristische Zweck, um dessentwillen sich der andere verpflichtet, sie sind aber die Erfüllung der übernommenen gegenseitigen Verpflichtungen und stehen insofern im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Dasselbe liegt auch bei den übrigen gegenseitigen Verträgen vor. Auch der Kaufvertrag besteht aus gegenseitigen Verpflichtungen, welche übernommen werden, um die Gegenpartei zu ihrer Verpflichtung zu bestimmen.[3] Wird nun der Kaufvertrag von einem Teil durch Leistung realisiert, dann geschieht dies, um auch den anderen Teil zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu bestimmen. Der Kaufpreis bildet aber nicht den Zweck, um dessentwillen der andere sich zur Überlassung der Kaufsache verpflichtet, sondern die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises. Wenn wir von einem juristischen Zweck des Kaufpreises

1) Vgl. Cosack Bd. II S. 364.

2) Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse S. 74, sieht ebenfalls die Beitragspflichten als in einem synallagmatischen Verhältnis zu einander stehend an.

3) Vgl. Kisch in Iherings Jahrbüchern zweite Folge Bd. VIII S. 87 und seine Polomik gegenüber anderen Schriftstellern.

sprechen, so ist dies nur eine ungenaue Ausdrucksweise, welche hervorgerufen ist durch die regelmäßige Form des Kaufes, den Handkauf, wobei die Erfüllung den Abschluß des Vertrages auf der Stelle folgt. Ebenso wie beim Kauf Ware und Preis sind auch nicht die Gesellschaftsbeiträge der juristische Zweck der Verpflichtung der anderen Gesellschafter sondern die Beitragspflichten.[1]

Ein weiterer Zweck des Gesellschaftsvertrages ist sodann auch die Erreichung des Zieles. Aber dieser ist es eben nicht allein, wie Titze annimmt. Die geleisteten Beiträge sind allerdings nur Mittel zum Zweck, nicht aber die Beitragspflichten, diese bilden einen selbständigen Zweck des Gesellschaftsvertrages

Mit dem Ausgeführten dürfte auch das Argument Kuntze's[2] hinfällig sein, „daß die Leistungen nicht einander selbständig als Äquivalentswerte gegenübertreten, sondern nur zu gemeinsamem Erfolge zusammenwirken sollen, welcher dann den Parteien je nach der statuierten Gesellschaftsportion zu gute kommen." Die thatsächlichen Leistungen sollen allerdings „zu gemeinsamem Erfolge zusammenwirken." Dies schließt aber doch nicht aus, daß sich die Beitragspflichten als Äquivalente gegenüberstehen.

Planck[3] begründet die Gegenseitigkeit der Beitragsleistungen damit, daß ein Austausch zwischen ihnen stattfinde, insofern als die Beiträge zwar an alle

1) Übereinstimmend Crome Bd. II S. 170 und Anm. 2.
2) Zu Holzschuher Bd. III S. 38.
3) S. 454 Bd. II. Ebenso auch Eschelbacher S. 26.

geleistet würden, daß sich unter diesen aber doch jeder als Einzelpersönlichkeit befinde, insofern also auch diesem die Leistung zu gute komme. Puntschart[1] macht bezüglich der Verpflichtungen folgende Teilung. Er will beim Societätsvertrage „zwei durch ihren Zweck wesentlich verschiedene Bestimmungen unterscheiden:

1. jene, durch welche die rechtlichen Beziehungen der Genossen zum Gesellschaftszweck geregelt werden,

2. jene, durch welche die Beziehungen der Genossen unter einander geordnet werden mit Rücksicht auf die Realisierung des Gesellschaftszweckes."

Die zweite Art scheidet an dieser Stelle aus und wird unten weiter behandelt werden.[2] Zu den ersteren rechnet Puntschart alles, was „den Zweck der Gesellschaft und die Mittel zur Realisierung feststellt." Er kommt hier für das gemeine Recht bezüglich der Ansprüche der Genossen, daß jeder das leiste, was ihm für den Zweck der Gesellschaft zu leisten obliegt, wenn auch in äußerst vorsichtiger Form, zu demselben Resultat wie Planck. „Diese Ansprüche ließen sich nämlich wohl nur insoweit als gegenseitige betrachten, als hinter dem Gesellschaftszweck, dem vorläufig geleistet würde, die Interessenten ständen, welchen das Geleistete definitiv zu gute kommen solle, also nicht bloß dem leistenden Genossen selbst sondern auch den übrigen."

---

1) Die fundamentalen Rechtsverhältnisse im römischen Privatrecht S. 479 fg.

2) S. 31 fg.

Die thatsächlichen Beitragsleistungen erfolgen nur zu dem Zweck, das Geschäftsziel zu erreichen. Es liegt daher kein Austausch der Beiträge vor; denn die Beiträge werden bei Beendigung der Gesellschaft, soweit möglich, wieder zurückgegeben. Daher findet nur eine Vereinigung der Beiträge statt, in dieser Vereinigung wirken sie während der Dauer der Gesellschaft, bei der Auflösung trennen sie sich wieder.[1] Im Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung stehen sie, wie oben gesagt, nur, weil sie die Erfüllung der versprochenen Verpflichtungen sind. Die Beitragsleistungen der Gesellschafter bilden nicht wie beim Kauf u. s. w. ein direktes Äquivalent sondern nur ein indirektes, insofern als sie in einem näheren Verhältnis nur durch ihre Beziehung auf den Gesellschaftszweck stehen. Dessen Erreichung liegt aber im Interesse der Beitragsleistenden und kann nur durch alle Beiträge geschehen.[2] Man sieht also, daß der Gesellschaftsvertrag durch das wechselseitige Verpflichten zur Beitragsleistung zu einem gegenseitigen Vertrage gestempelt wird. Daß ein Unterschied von den übrigen gegenseitigen Verträgen wie Kauf-, Mietvertrag u. s. w. vorhanden ist, braucht nicht besonders betont zu werden; doch bleibt der Gesellschaftsvertrag trotzdem ein gegenseitiger Vertrag. Bei jenen handelt es sich lediglich um einen Austausch von Verpflichtungen, bei diesem ist dieser Zweck auch vorhanden, doch besteht neben ihm noch ein anderer, der Gesellschaftszweck. Diese Ansicht wird auch mit überwiegender Mehrheit in der

1) Vgl. Lotmar Bd. I S. 39 fg.
2) Hefele, Lehre von der Societät S. 30.

Wissenschaft vertreten,[1] wenn auch mit teilweise anderer Begründung.

§ 7.

Bisher wurde als die durch den Gesellschaftsvertrag bedingte Leistung der Gesellschaftsbeitrag angesehen, als dessen Gegenleistung die übrigen Beiträge gefunden wurden. Es bleibt nun noch die Frage offen, ob man auch bei anderen Verpflichtungen der Gesellschafter eine synallagmatische Gegenverpflichtung konstruieren kann. Der oben citierte § 705 BGB. hebt als hauptsächlichste gegenseitige Verpflichtung die Leistung der Beiträge aus der Reihe der Verpflichtungen hervor, welche zur Förderung des Gesellschaftszweckes dienen. Man wird demnach nicht fehlgehen, wenn man auch diesen Verpflichtungen die Gegenseitigkeit zuspricht.

Zu diesen zählen nicht die aus der Geschäftsführung sich ergebenden Pflichten und Rechte. Diese werden im nächsten Paragraphen behandelt. Die hierher gehörigen Verpflichtungen können der verschiedensten Art sein, so daß eine auch nur einigermaßen vollständige Aufzählung nicht möglich ist. Es mag daher genügen einige besonders häufig vorkommende zu nennen. Es wird sich

1) Für das römische Recht, Heerwart im Archiv für civilistische Praxis Bd. XVIII S. 413; Windscheid Bd. II S. 724 Anm. 1a. Für das BGB. Cosack Bd. II S. 364; Crome Bd. II S. 165, 763, 771; Dernburg BR. Bd. II Abt. 1, § 207, Abt. 2, S. 537; Enneccerus-Lehmann Bd. I, S. 724; Eschelbacher S. 25 fg.; Knoke S. 41; Kuhlenbeck Bd. I S. 488; Matthiaß Bd. I S. 621; Oertmann S. 443; Planck Bd. II S. 454; Scherer S. 1011; Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse S. 73, 74.

regelmäßig um Verpflichtungen zur Unterlassung von irgend etwas handeln, denn in solchen zu positiven Handlungen wird man immer einen Beitrag erblicken müssen, welcher in Dienstleistungen besteht.

Bei den Erwerbsgesellschaften wird regelmäßig im Gesellschaftsvertrage ein Konkurrenzverbot ausgesprochen.[1] [2] Man muß auch hierbei bezüglich der wechselseitigen Verpflichtungen notwendig synallagmatische Natur anerkennen. Denn auch hier liegt das notwendige wechselseitige Versprechen einer Leistung vor, nur besteht die Leistung hier in einer Unterlassung und entspricht daher dem Nichtleisten die Übertretung des Verbotes. Häufig wird auch im Gesellschaftsvertrage die Verabredung getroffen, ein Gesellschaftsgeheimnis niemandem oder nur bestimmten Personen mitzuteilen. Auch in dieser Beziehung liegen die Voraussetzungen eines synallagmatischen Vertrages vor. Mit diesen beiden Beispielen mag es genügen, es können aber noch viele ähnlicher Art vorkommen.

§ 8.

In den Verpflichtungen zur Förderung des Gesellschaftszweckes sind noch nicht alle Pflichten und Rechte der Gesellschafter enthalten, viele ergeben sich noch aus der Geschäftsführung. Hierher gehören insbesondere die Pflicht der Rechnungslegung,[3] die Pflicht der

1) Für die offene Handelsgesellschaft besteht es kraft gesetzlicher Vorschrift. §§ 112, 113 HGB.

2) Vgl. Protokolle Bd. II S. 416.

3) § 721 BGB.

Auskunftserteilung und Gestattung der Einsicht in die Bücher,[1] der Anspruch auf Ersatz von Auslagen,[2] der Anspruch auf Vorschuß aus dem Gesellschaftsvermögen.[3] Hier legt nicht das Gesellschaftsverhältnis als solches dem Gesellschafter die Verpflichtung auf, sondern es kommt noch ein neues Thatbestandsmerkmal hinzu, sie ergeben sich erst im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses. Die Pflicht zur Rechnungslegung z. B. wird erst begründet durch die Ausübung der Geschäftsführung, die Pflicht zur Gestattung der Einsicht in die Bücher durch Führung solcher Bücher, der Anspruch auf Ersatz der Auslagen durch Entstehung derselben. Durch das Hinzutreten eines solchen neuen Thatbestandsmerkmales wird aber die Gegenseitigkeit dieser Rechtsverhältnisse ausgeschlossen. Denn sie werden nicht durch die wechselseitige Verpflichtung allein, sondern durch den Eintritt eines neuen Momentes begründet.[4]

§ 9.

Wie schon oben gesagt, macht Puntschart[5] eine Teilung. Die zweite Richtung[6] der Rechtsbestimmungen

1) § 716 BGB.
2) § 670 BGB.
3) § 669 BGB.
4) Vgl. die Entscheidungen in Seuffert's Archiv Bd I Nr. 212, Bd. XXV Nr. 105, Bd. XXIX Nr. 155, Bd. XXXVI Nr. 34, Bd. XXXVII Nr. 206, Bd XXXXVIII Nr. 26, 183. Vgl. Crome Bd II S. 771 fg.; Oertmann S. 443; Planck Bd. II S. 454; Knoke S. 44.
5) S. 480 fg.
6) Die erste Richtung wurde S. 27 behandelt.

sind für ihn diejenigen, „durch welche die Beziehungen der Genossen unter einander geordnet werden mit Rücksicht auf die Realisierung des Gesellschaftszweckes." Zu ihnen rechnet er die Rechtsverhältnisse, welche erst nach Erreichung des Gesellschaftszweckes entstehen. Dies seien die Ansprüche der Genossen auf Zuteilung der lucra und damna. Puntschart hält diese Ansprüche im gemeinen Recht für unzweifelhaft gegenseitige. Jeder Gesellschafter hat gemäß dem Gesellschaftsvertrage einen Anspruch gegen die anderen Gesellschafter auf Zuteilung der Gewinnanteile bezw. Übernahme eines Verlustanteils. Im gemeinen Recht ist dies klar, denn hier sind nur die Gesellschafter obligatorisch verpflichtet, ein besonderes Gesellschaftsvermögen besteht nicht. Auch im BGB. richtet sich der Anspruch nicht gegen die Gesellschaft sondern gegen die übrigen Gesellschafter, wie sich aus § 717 BGB. unzweifelhaft ergiebt.[1] Auch diese Verpflichtungen beruhen auf dem Gesellschaftsvertrag. Sie können in ihm ausdrücklich geregelt sein oder, wenn dies nicht der Fall ist, müssen sie als stillschweigend vereinbart gelten, und werden gleiche Anteile angenommen. Man muß diese Verpflichtungen auch zu den synallagmatischen zählen, denn die notwendige Wechselbeziehung ist auch bei ihnen vorhanden. Jedem der anderen Gesellschafter wird nur ein Anteil am Gewinn zugestanden, damit und weil auch er einen solchen zugesteht. Jeder übernimmt einen Anteil am Verlust nur, damit und weil die anderen auch einen solchen übernehmen.

---

1) Vgl. Knoke S. 36.

§ 10.

Fassen wir noch einmal das zusammen, was wir an Gründen für die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrages gefunden haben, so gelangen wir zu folgendem Ergebnis:

Synallagmatischer Natur sind

1. die Beitragspflichten der einzelnen Gesellschafter unter einander,
2. die übrigen Pflichten zur Förderung des Gesellschaftszweckes,
3. die Ansprüche auf Zuteilung von Gewinn und Verlust.

In dieser Beziehung ist der Gesellschaftsvertrag also ein gegenseitiger Vertrag.

Zu bemerken bleibt noch, daß man die verschiedenen Arten des Synallagmas nicht mit einander vermischen darf, denn in dieser Beziehung besteht keine synallagmatische Verbindung. Man kann nicht zwischen der Verpflichtung zur Beitragsleistung und der Verpflichtung auf Gewinn- oder Verlustzuteilung sowie den übrigen Verpflichtungen zur Förderung des Gesellschaftszweckes, oder zwischen diesen letzteren und den Gewinn- und Verlustanteilen ein gegenseitiges Verhältnis konstruieren. Nur unter jeder einzelnen Art dieser Verpflichtungen für sich besteht das Synallagma.

Der Anspruch auf Zuteilung der entsprechenden Gewinnquote, bezw. Übernahme eines Verlustanteils entsteht erst, nachdem Gewinn oder Verlust erzielt worden ist. Es ist also zur Entstehung dieser Verpflichtung in Hinsicht auf die Verpflichtung zur Beitragsleistung ein

neues Moment notwendig, was bei letzterer ni
handen ist. Die Verpflichtungen entstehen somit nicht gleichzeitig und die erstere beruht auch nicht auf dem Gesellschaftsvertrage allein, was zur Begründung der Gegenseitigkeit unerläßlich ist. Außerdem tritt die Verpflichtung zur Gewinnauszahlung bezw. Mittragung des Verlustes nicht notwendig ein, da ja nicht feststeht, ob Gewinn oder Verlust eintritt, was aber zum Vorhandensein eines Synallagmas unbedingt erforderlich ist.[1]

Mit den Verpflichtungen zur Beitragsleistung stehen diejenigen zur Förderung des Gesellschaftszweckes überhaupt auf einer Stufe, ja die erstgenannte ist nur ein Beispiel von ihnen. Für sie gilt demnach das Gesagte ebenfalls.

Bei den Beitragspflichten und den übrigen Verpflichtungen zur Förderung des Gesellschaftszweckes könnte man allerdings leicht zur Annahme kommen, daß sie promiscue als gegenseitig aufzufassen seien. Doch wird man wohl annehmen müssen, daß es nicht in der Absicht der Vertragschließenden liegen kann, hierbei jede als die Gegenverpflichtung der anderen hinzustellen. Denn das würde dahin führen, daß eine ganz unwesentliche Verpflichtung einer sehr wesentlichen, z. B. der Beitragsverpflichtung gegenübertritt. Wenn man hier die Sätze über die gegenseitigen Verträge anwenden wollte, würde man zu den sonderbarsten Konsequenzen kommen.

1) Vgl. o. S. 31 fg.

2. Kapitel.

Die Anwendbarkeit der §§ 320—327 BGB. auf die Gesellschaft.

I. Die Anwendbarkeit im allgemeinen.

§ 11.

Damit, daß wir nachgewiesen haben, daß man in einem Gesellschaftsvertrag einen gegenseitigen Vertrag erblicken muß, ist noch nicht gesagt, daß auch die allgemeinen Sätze über diese Verträge auf ihn anwendbar sind. Durch obigen Nachweis wurde nur die Vorbedingung für die Anwendbarkeit festgestellt. Die Vorschriften der §§ 320—327 BGB. sind als allgemeine die umfassenderen, sie gelten für alle gegenseitigen Verträge. Die Sätze über die Gesellschaft sind dagegen Spezialvorschriften für dieses Rechtsinstitut; daher schließen sie, wenn sie den § 320—327 BGB. entgegenstehen, deren Anwendbarkeit aus, gestatten dieselbe also nur, wenn in den §§ 705—740 BGB. keine anderweitige Regelung getroffen worden ist.

Unter den Schriftstellern, welche im Gesellschaftsvertrage einen gegenseitigen Vertrag sehen, giebt es

wiederum zwei entgegengesetzte Richtungen. Die einen[1] glauben, daß die §§ 320—327 BGB. nur für die Verträge gelten sollen, bei denen sich zwei Parteien gegenüberstehen und die lediglich auf einen Austausch von Verpflichtungen gerichtet sind, also auf Kauf-, Tausch-, Mietvertrag u. s. w. Die andere Richtung[2] dagegen will die angeführten Paragraphen auf die Gesellschaft anwenden, eventuell mit den sich aus ihrer Besonderheit ergebenden Beschränkungen.[3]

Hierzu ist zu bemerken, daß man infolge der Fassung des BGB. auf eine Anwendbarkeit der §§ 320—327 notgedrungen schließen muß. Die fraglichen Paragraphen sprechen ganz im allgemeinen von gegenseitigen Verträgen. Nun ist aber der Gesellschaftsvertrag, wie oben nachgewiesen, ein gegenseitiger Vertrag. Auf die Ausdrucksweise des BGB ist aber die größte Aufmerksamkeit verwendet worden, und somit muß es ausgeschlossen erscheinen, daß die Vorschriften, welche im allgemeinen über gegenseitige Verträge handeln, von der Anwendung auf eine bestimmte Art von solchen Verträgen ausgeschlossen sein sollen, ohne daß das BGB. selbst darüber ein Wort verliert.[4] Diese Ansicht findet eine Bestätigung in den Motiven. Die

---

1) Vertreter: Kipp zu Windscheid, Dernburg, Müller, in Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung Bd. LXIII, Heerwart im Archiv für civilistische Praxis Bd. XVIII.

2) Vertreter: Cosack, Crome, Enneccerus, Eschelbacher, Kisch, Knoke, Lotmar, Matthiaß, Meißner, Oertmann, Planck, Scherer, Schollmeyer u. a.

3) Vgl. oben S. 35.

4) Vgl. Planck Bd. II S. 454.

Feststellung der Anwendbarkeit der exceptio non adimpleti contractus[1] überlassen sie allerdings der Wissenschaft und Praxis,[2] lassen also insofern die Möglichkeit offen, daß die Anwendbarkeit abgelehnt wird. Aber die Motive sprechen auch nur von der exceptio non adimpleti contractus und nicht von den Sätzen über gegenseitige Verträge überhaupt. Daß sie diese Sätze, abgesehen von der exceptio non adimpleti contractus, für anwendbar halten, geht daraus hervor, daß sie den § 368 des ersten Entwurfes, den jetzigen § 323, voraussetzen,[3] nur „die Art und Weise, in welcher das Rechtsverhältnis aus ihm sich näher gestaltet, ob namentlich die Beiträge der anderen Gesellschafter[4] oder nur der Gewinn[5] als Gegenleistung anzusehen ist, und wie, wenn letzteres anzunehmen, die Minderung erfolgt,"[6] bleibt der Wissenschaft überlassen. Im allgemeinen müssen wir also die Anwendbarkeit der §§ 320—327 BGB. bejahen. Es fragt sich nun, ob nicht spezielle Bestimmungen aus dem Gesellschaftsrecht den einzelnen Normen entgegenstehen.[7]

---

1) Siehe weiter unten.

2) Bd. II S. 598.

3) Vgl. Planck Bd. II S. 454.

4) Daß dies der Fall ist, wurde oben S. 24 fg. näher begründet.

5) Dies ist oben S. 20 fg. abgelehnt worden.

6) Motive Bd. II S. 600.

7) Was gegen die Anwendbarkeit vorgebracht wird, soll bei den einzelnen Fragen im folgenden näher erörtert werden, denn prinzipielle Einwendungen werden nicht erhoben, die Anwendbarkeit wird nur bestritten und dies bei den einzelnen Sätzen begründet.

II. Die Anwendbarkeit der einzelnen Sätze.

1. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages.

§ 12.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages[1] regeln die §§ 320—322 BGB. Es handlt sich um den Fall, daß die Gegenleistung verlangt wird, ohne daß der Kläger die ihm obliegende Leistung bereits bewirkt hat oder deren Bewirkung anbietet. Hier gesteht das BGB. dem Beklagten obige Einrede[2] zu, gesetzt daß er nicht vorleisten muß.

Die oben besprochene Abhängigkeit der wechselseitigen Verpflichtung ist eine doppelte[3] einmal eine „genetische,"[4] da zum giltigen Bestehen der einen Forderung notwendig ist, daß auch die Gegenforderung besteht, ferner eine „funktionelle"[4] Abhängigkeit, da die Verpflichtung nur mit Rücksicht auf die andere geltend gemacht werden kann. Die letztere Abhängigkeit betrifft die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Die Geltendmachung geschieht nicht in der Weise, daß nur eine Klage bestände auf Leistung gegen Gegenleistung, sondern

1) Der Name ist die Übersetzung des lateinischen Ausdrucks exceptio non adimpleti contractus und wird gebraucht in § 202 Abs. 2 BGB.

2) Demnach hat das BGB. den im gemeinen Rechte herrschenden Streit, ob man es bei der exceptio non adimpleti contractus mit einer wahren Einrede oder einem Leugnen des Klagegrundes zu thun habe, zu Gunsten der ersteren Ansicht entschieden. Vgl. Anm. 2 S. 39.

3) Vgl die S. 17 Anm. 2 Citierten.

4) Die Bezeichnungen stammen von Bechmann, Kauf Bd. I S. 568.

auch so, daß ohne weiteres auf Leistung geklagt werden kann, nur kann der Beklagte, wenn der Gegner noch nicht geleistet hat oder seine Leistung nicht anbietet, dem Kläger die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegenhalten, welche die Wirkung hat, daß er nur ein Urteil auf Leistung Zug um Zug erlangen kann bzw. bei Bestehen der Vorleistungspflicht, wenn der andere im Annahmeverzug ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung.[1] [2]

Zu diesen allgemeinen Grundsätzen fügt das BGB. noch einige besondere Bestimmungen hinzu:

Wenn eine teilbare Leistung an mehrere zu erfolgen hat, dann kann die Gegenleistung verweigert werden, bis alle ihrerseits geleistet haben.[3]

Das Zurückbehaltungsrecht kann im allgemeinen durch Sicherheitsleistung — ausgenommen durch

---

1) § 320 Satz 1 BGB. in Verbindung mit § 322 Abs. 1.

2) Auf diesem Unterschied beruht der im gemeinen Recht herrschende Streit bezüglich der Natur der exceptio non adimpleti contractus. (Vgl. Anm 1 S. 38). Diejenigen, welche nur eine Klage auf Leistung gegen Gegenleistung geben, halten es zur Aufstellung der Klage für notwendig, daß die Gegenleistung erfolgt ist oder angeboten wird und müssen konsequenter Weise, falls dies fehlt, in der exceptio ein Leugnen des Klagegrundes sehen. Auf diesem Standpunkte steht auch das allgemeine Landrecht (I Tit. 5 § 271). Die andere Richtung, der auch das BGB. gefolgt ist (s. o. im Text S. 38 fg.), muß natürlich in der exceptio eine wahre Einrede sehen. Vertreter der ersten Ansicht ist vor allen Keller, Pandekten § 243 u. a., der letzteren Ansicht Puntschart S. 207 fg., Dernburg, Pandekten Bd II § 20, Windscheid Bd II, § 321 Anm. 2 S. 296. Vgl. über diesen Streit Windscheid a. a. O., André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages S. 28 fg.

3) § 320 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Bürgen — abgewendet werden.[1] Bezüglich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist dieser Satz aufgehoben.[2]

Eine Beschränkung bezüglich des Rechtes zur Verweigerung der Leistung wird gemäß dem im BGB. Prinzip von Treu und Glauben dahin festgestellt, daß es wegen verhältnismäßig geringen Mangels, wenn dies gegen Treu und Glauben verstoßen würde, nicht ausgeübt werden kann.[3]

Der zur Vorleistung Verpflichtete kann beim Eintritt einer Vermögensverschlechterung des anderen die Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit geleistet ist.[4]

Dies ist die Regelung, welche die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im BGB. gefunden hat. Zu bemerken ist noch, daß sich die Vorschriften des BGB. auch auf den Fall der s. g. exceptio non rite adimpleti contractus beziehen.[5]

Gegen die Anwendbarkeit der eben dargelegten Sätze wird folgendes geltend gemacht. Wie die Beiträge, so gehörten auch die Ansprüche auf Leistung der Beiträge zum Gesamthandsvermögen der Gesellschaft,[6] daher könne überhaupt nicht ein Gesellschafter ohne weiteres den anderen auf Erfüllung seiner Verpflichtung

1) § 273 Abs. 3 BGB.
2) § 320 Abs. 1 Satz 3 BGB.
3) § 320 Abs. 2 BGB.
4) § 321 BGB.
5) Dies ist allerdings im BGB. nicht ausdrücklich bestimmt, ergiebt sich aber aus den Motiven (Bd II S. 202, 203).
6) Dernburg, BR. Bd. II, 2 S. 537; Kipp zu Windscheid Bd. II, S. 731, Oertmann S. 443.

belangen, denn dies sei Gesellschaftsgeschäft und könne nur von allen Gesellschaftern gemeinsam, eventuell von einer Mehrheit, von dem oder den Geschäftsführenden, vorgenommen werden.[1] Daß dann der säumige Gesellschafter auch mitstimmen würde, soll durch analoge Anwendung des § 34 BGB., welcher in einem solchen Falle einem Vereinsmitgliede das Stimmrecht abspricht, vermieden werden.[2] Der belangte Gesellschafter leiste daher nicht demjenigen, welcher auch noch nicht geleistet hat, sondern der Gesamtheit der Gesellschafter, der Gesellschaft. Ihm könne daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht zustehen.[3]

Ob der Anspruch auf Leistung der Beiträge bereits zum Gesellschaftsvermögen gehört, ist bestritten. Dernburg[4] begründet die Zugehörigkeit damit, daß die Ansprüche allen Gesellschaftern gemeinsam[5] und zu dem Gesellschaftszweck bestimmt seien. Die Ansprüche sind zwar allen Gesellschaftern gemeinsam, aber doch nur so, daß jeder die Leistung an alle, an die Gesellschaftskasse, verlangen kann.[6] Insofern als diese Ansprüche gleichlautend sind, besteht eine Gemeinsamkeit. Nicht die Gesellschaft, sondern die einzelnen Gesellschafter sind Gläubiger. Die Verpflichtung beruht auf dem Gesellschaftsvertrage.

1) Kipp zu Windscheid a. a. O.
2) Kipp zu Windscheid a. a. O.
3) Kipp zu Windscheid Bd. II. S. 732.
4) BR. Bd. II, 2 S. 544 fg.
5) Das soll doch heißen, nur alle Gesellschafter zusammen, in ihrer Gesamtheit, haben einen Anspruch auf Leistung an sie.
6) Cosack, Bd. II, S. 374; Crome Bd. II, S. 775; Eschelbacher S. 18; Knoke S. 33; Planck Bd. II, S. 455; Motive, Bd. II, S. 598.

In ihm haben sich die Gesellschafter nur den anderen Gesellschaftern gegenüber verpflichtet und nicht der Gesellschaft,[1] denn die Gesellschafter schließen den Gesellschaftsvertrag „als unverbundene einzelne".[2] Die Gesellschaft entsteht ja erst infolge dieser Verpflichtung. Hierzu kommt, daß § 705 BGB. klar und deutlich bestimmt, daß sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, also jeder Gesellschafter jedem der anderen Gesellschafter. A contrario folgt dies ferner aus den §§ 717, 733 BGB., wo einem einzelnen forderungsberechtigten Gesellschafter gegenüber nicht die Gesellschaft sondern die Gesellschafter als Schuldner verpflichtet sind.[3] § 718 BGB. spricht auch nur von Beiträgen, welche Gesellschaftsvermögen werden und nicht von Beitragspflichten. Ferner kann man als Analogie heranziehen, daß im Handelsgesetzbuch der betreffende Abschnitt (§§ 109—122) überschrieben ist „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander".[4]

Cosack[5] will die Ansprüche auf Leistung der Beiträge, sowohl den einzelnen Gesellschaftern, als auch der Gesellschaft zuschreiben und führt als Argument außer § 110 HGB. den § 733 BGB. an, welcher von gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluß derer spreche, für welche

1) Crome Bd. II, S. 775, Knoke S. 34; Motive S. 594 Bd. II. Wie Oertmann (S 443) aus dieser Stelle folgern will, daß die Ansprüche den Gesellschaftszweck irgendwie zu fördern, worunter er auch die Beiträge begreift, den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Vereinigung zustehen sollen, ist nicht einzusehen. Denn die Motive sagen doch deutlich, daß diese Verpflichtungen den einzelnen Gesellschaftern gegenüber bestehen, also gerade nicht in ihrer gesamthänderischen Vereinigung.

2) Knoke S. 34.

3) Knoke S. 34; vgl. auch Cosack Bd. II, S. 373.

4) Vgl Eschelbacher S. 17.

5) Band II, S. 373.

einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften, der Paragraph sehe letztere Schulden als eine Art Gesellschaftsschulden an. Gegen diesen Beweis führt Eschelbacher[1] mit Recht an, daß es allerdings Rechtsbeziehungen gebe, bei welchen die Gesellschafter der Gesellschaft gegenübertreten, daß hieraus aber doch nicht zu folgen brauche, daß dies nun auch bei den Gesellschaftsbeiträgen ebenso sein müsse. Aber man könnte den § 733 als Analogie gerade dafür anführen, daß die Forderungen auf die Beiträge den einzelnen Gesellschaftern zustehe,[2] denn nach seinem Wortlaut handelt es sich um Verpflichtungen der übrigen gegen einen Gesellschafter. Hieraus geht doch gerade hervor, daß auch im Falle des § 733 BGB. keine Forderungen gegen die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter gemeint ist. Und zur Bestärkung hierfür kann man gerade den gegen die hier vertretene Ansicht ins Feld geführten § 110 HGB. anführen, denn dort ist von einer Ersatzpflicht der Gesellschaft die Rede. Sollte das BGB. wenn es dies im § 733 gemeint hätte, nicht auch das Wort Gesellschaft gebraucht haben?

Enneccerus-Lehmann[3] führen aus, § 705 BGB. besage nur, daß die Gesellschafter sich gegenseitig zur Leistung der Beiträge verpflichten, dieses Versprechen aber erfolge für den Zweck der Gesellschaft. Die Gesellschaft, d h. die Gesamtheit der Gesellschafter sei

---

1) S. 18 fg.
2) Dies ist auch oben S. 42 geschehen.
3) Bd. I, S. 730 Anm. 1.

an der Leistung interessiert und die Leistung komme sogar dem Leistenden selbst — seinem Gesellschaftsanteil entsprechend — mit zu gute. Es sei deshalb nicht einzusehen, weshalb die Einziehung dieser Beiträge nicht zur Gesellschaftsführung gehören solle. Der letzte Satz ist doch aber nicht die Folge der vorhergehenden. Wer alles an der Leistung interessiert ist, kommt nicht in Betracht. Es handelt sich darum, wer verpflichtet und berechtigt ist, und letzteres sind nach dem Gesagten die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft.

Aus den angeführten Gründen kann man die Ansprüche auf Leistung nicht als bereits zum Gesellschaftsvermögen gehörig betrachten.[1]

Dernburg[2] sucht die Unmöglichkeit der hier vertretenen Ansicht dadurch darzulegen, daß er aus ihr Konsequenzen zieht, welche zu Unbilligkeiten führen würden. Diese Konsequenzen dürften aber nicht zutreffen. Dernburg ist der Meinung, daß, wenn die Beitragspflichten nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, der § 420 BGB. zur Anwendung kommen müsse, nach welchem mehrere Gläubiger, die eine teilbare Leistung zu fordern haben, nur zu gleichen Anteilen berechtigt sind.

Es ist zweifelhaft, ob man die Beitragsleistungen als eine teilbare auffassen muß, wie Dernburg will. Cosack[3] und Oertmann[4] nehmen hier eine unteilbare Leistung an. Häufig wird es auch keinem Zweifel unter-

1) Cosack Bd. II, S. 367.
2) PR. Bd. II, 2, S. 545. Gegen ihn Eschelbacher S. 19 fg.
3) Bd. II S. 374.
4) S. 441.

liegen, daß die Beiträge unteilbar sind, wenn es sich z. B. um Einbringen von Patenten, mancherlei Dienstleistungen und so weiter handelt. Hierauf wäre der § 420 BGB. unzweifelhaft nicht anwendbar. Wie nun aber, wenn die Beiträge in Geld oder anderen vertretbaren Sachen bestehen? Solche Leistungen bezeichnet man regelmäßig als teilbar; denn als teilbar sind solche Leistungen anzusehen, welche auch in Teilen geleistet werden können, ohne daß der Wert der gesammten Leistung durch diese Zerstückelung eine Einbuße erleidet,[1] und bei denen die Teilleistungen zusammen denselben Inhalt und Erfolg haben, wie wenn die Leistung in einem Stück erfolgt wäre. Nun würde aber bezüglich der Gesellschaft ein ganz anderer Erfolg und Inhalt herauskommen, wenn man jedem Gesellschafter einen Anspruch auf einen Teil der Beiträge der anderen zugestehen wollte, als im Gesellschaftsvertrage beabsichtigt ist. Mithin muß man die Beitragsleistung als eine zwar reell teilbare aber durch den Gesellschaftsvertrag unteilbar gewordene Leistung ansehen.

Eschelbacher[2] macht hiergegen geltend, daß die Beiträge doch auch in Raten eingezahlt werden könnten. Daß dies geschehen kann, ist allerdings richtig, doch würde es dann einer besonderen Vorschrift in dem Gesellschaftsvertrage bedürfen. Es würden in diesen Fall eben soviele Leistungen als Ratenzahlungen vorhanden sein, von denen jede wiederum durch ihren Zweck unteilbar ist. Eschelbacher meint nun, da

1) Planck Bd. II, S. 210.
2) S. 22.

solche Ratenzahlungen möglich seien, ließe sich auch wohl denken, daß jeder Gesellschafter Leistung an sich fordern könne. Hierzu wäre aber eine besondere, das Gesetz abändernde Vorschrift des Gesellschaftsvertrages notwendig und solche Fälle können doch nicht als Beweis dienen. Dann könnte ebensogut gesagt werden: Es ist denkbar, daß im Gesellschaftsvertrage die Anwendbarkeit der §§ 320—327 BGB. ausgeschlossen wird, was unzweifelhaft möglich ist, folglich kann man diese Paragraphen nicht anwenden. Eschelbacher widerspricht sich auch selbst, denn er erklärt S. 19 die Beitragsforderung für nicht unter die Gesellschafter geteilt, weil jeder ein selbständiges Forderungsrecht aus dem Vertrage hat. Wenn sie aber nicht geteilt werden darf, ist sie aber doch unteilbar. Man muß unterscheiden zwischen der Art der Leistung überhaupt, deren mögliche Teilbarkeit unter anderen Rechtsverhältnissen nicht bestritten wird, und der Art der Leistung, wie sich durch den Gesellschaftsvertrag bedingt wird. Daß der § 420 BGB. nicht zur Anwendung kommen kann, folgt außerdem daraus, daß dieser Paragraph nur „im Zweifel" zur Anwendung kommt, also nicht, wenn, wie bei der Gesellschaft, die Leistung an alle zusammen zu erfolgen hat. Es ist vielmehr mit Oertmann und Cosack § 432 BGB. zur Anwendung zu bringen.[1]

---

1) Hierdurch ist auch die Ansicht Knoke's (S. 34, 35) widerlegt, welcher nur eine Ähnlichkeit mit dem Fall des § 432 BGB. annimmt, indem er glaubt, daß jeder Gesellschafter nur allen anderen zusammen die Leistung versprochen habe, daß dieselbe sonst teilbar sei. Durch dieses Versprechen wird sie eben unteilbar.

Die zweite Folgerung Dernburg's ist somit auch hinfällig, daß nämlich die Gesellschafter über ihre Anteile verfügen könnten, da solche Anteile an den Beiträgen eben nicht bestehen. Hiermit ist auch die weitere Folgerung, daß die Gläubiger diese Anteile pfänden könnten, nicht haltbar; dem würde auch, selbst wenn Anteile beständen, § 717 Satz 1 BGB entgegenstehen, denn da die Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage unübertragbar sind, sind sie auch unpfändbar.[1] Demnach ist auch die letzte Folgerung Dernburg's, daß bei der oben vertretenen Ansicht die Gesellschaftsgläubiger keinen Vorzug vor den Privatgläubigern hätten, nicht richtig, wenigstens nicht in dem Sinne wie er es meint. Auch sie können die Ansprüche nicht pfänden, da eine persönliche Forderung jedes Gesellschafters vorliegt. Dies wird für sie regelmäßig auch unerheblich sein, da sie sich an das Privatvermögen der Gesellschafter halten können.[2]

Gegen die hier vertretene Ansicht wird noch folgendes vorgebracht. Haben sich die Gesellschafter ausdrücklich nur mit dem Gesellschaftsvermögen verpflichtet[3] und reicht zur Befriedigung das Gesellschaftsvermögen nicht aus, dann würde die notwendige Folge sein, daß die Gesellschaftsgläubiger in die geschuldeten Beiträge keine

---

1) Wie hier Eschelbacher S. 19 fg.

2) § 735 BGB. Vgl. Eschelbacher S. 20.

3) Diesen Fall führen Ennecerus-Lehmann für die Zugehörigkeit der Ansprüche auf die Gesellschaftsbeiträge zum Gesellschaftsvermögen ins Treffen, wollen aber trotzdem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages anerkennen. Bd. I. S. 732. Gegen sie Eschelbacher S. 20 fg.

Zwangsvollstreckung betreiben könnten. Dies ist allerdings richtig. Nun begründen aber Enneccerus-Lehmann die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrages mit der synallagmatischen Natur der Beitragspflichten, obwohl sie zum Gesellschaftsvermögen gehören sollen, müssen also in ihnen Forderungen sehen, welche den Gesellschaftern gegeneinander zustehen.[1] Nach § 717 BGB. sind aber solche Forderungen unübertragbar und damit unpfändbar.[2] Wenn daher Enneccerus-Lehmann für ihre Ansicht ins Feld führen, daß auf diese Weise den Gesellschaftsgläubigern die noch geschuldeten Beiträge als Exekutionsobjekt offen ständen, so ist dies nicht zutreffend; folgerichtig müßten sie auf Grund ihrer eigenen Ansicht bezüglich der Stellung der Gesellschaftsgläubiger zu demselben Resultat, wie hier vertreten, kommen. Hätten Enneccerus-Lehmann die richtigen Folgerungen aus ihrer zuerst vertretenen Ansicht gezogen, so hätten sie auch dazu kommen müssen, die Beitragspflichten als nicht zum Gesellschaftsvermögen gehörig zu erklären. Sie werden mit ihrer eignen Ansichten geschlagen. Nämlich: Zuerst wird die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrages aus der synallagmatischen Natur der Beitragsforderungen erklärt und damit gesagt, daß sie den Gesellschaftern gegeneinander zustehen, wenn auch die Einziehung nur durch den oder die geschäftsführenden Gesellschafter gestattet wird.[3] Nun werden aber andererseits die

1) Vgl. oben S. 24.

2) Wie hier Eschelbacher S. 21.

3) Vgl. hierüber weiter unten. Es folgt hieraus natürlich nicht, daß die Forderungen den Gesellschaften nicht gegeneinander zustehen. Nur die Ausübung des Rechtes ist ihnen ja wie Beauftragten übertragen.

Forderungen als zum Gesellschaftsvermögen gehörig für ein Exkutionsobjekt der Gesellschaftsgläubiger erklärt, was wegen § 717 BGB. nur der Fall sein kann, wenn sie Gesellschaftern nicht gegeneinander zustehen, also zwei diametral entgegengesetzte Resultate. Da nun aber die Beitragsforderungen den Gesellschaftern unzweifelhaft gegeneinander zustehen,[1] ist die zweite Ansicht als unrichtig abzulehnen. Es kann auch bei unserer Ansicht leicht geholfen werden, ohne daß den Gläubigern ein Forderungsrecht bezüglich der Gesellschaftsbeiträge zusteht, da die Gesellschafter, welche den säumigen nicht belangen, sich in dolus befinden, bezw. durch Aufforderung des Gläubigers leicht in ihn versetzt werden können und somit für Schaden haften.[2] Wie schon oben angedeutet, wollen Enneccerus-Lehmann die Theorie von der Zugehörigkeit der Beitragspflichten zum Gesellschaftsvermögen dadurch stützen, daß sie anführen, sonst wären ja die geschäftsführenden Gesellschafter garnicht zur Einziehung der Beiträge verpflichtet, ihre Befugnis zur Einziehung beruhe nicht auf ihrer Stellung als Geschäftsführer, sondern auf der als Gesellschafter. Daß ihre Befugnis zur Einziehung auch auf ihrer Mitgliedschaft beruht, wird unbedingt zugegeben. Dies schließt aber nicht aus, daß sie als Geschäftsführer außerdem die Pflicht und demgemäß natürlich auch aus dieser Stellung die Befugnis haben, die Beiträge einzuziehen. Denn nach § 713 BGB. haben die geschäftsführenden Gesellschafter die Stellung eines Beauftragten, sind also

1) Vgl. oben S. 24 fg.
2) § 826 BGB.

zur ordnungsmäßigen Ausführung der ihnen übertragenen Geschäftsführung, mithin auch zur Einziehung der Beiträge verpflichtet.[1] Demnach ist auch diese Einwendung von Enneccerus-Lehmann nicht stichhaltig.

Es erscheinen somit sämtliche Konsequenzen Dernburg's und Enneccerus-Lehmanns, welche, wenn sie zuträfen, die oben aufgestellte Ansicht unmöglich als richtig gelten lassen konnten, widerlegt. Damit steht fest, daß die Beitragspflichten nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören.[2]

Hiermit sind auch die Bedenken gegen die prinzipielle Anwendbarkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages hinfällig geworden. Für letztere spricht auch der Zweck der Einrede.[3] Es soll durch sie vermieden werden, daß ein Kontrahent vorleisten muß; denn das könnte geschehen, wenn er die Einrede nicht hätte. Er könnte zu seinem Rechte dann erst in einem zweiten Prozesse kommen. Es soll dem Beklagten aber die Möglichkeit gegeben werden, auch seinerseits in demselben Prozesse den Anspruch auf Gegenleistung zur Entscheidung bringen zu können.[4] Außerdem wäre er der Gefahr ausgesetzt, wenn der andere die Leistung, ohne selbst geleistet zu haben oder seine Leistung anzubieten, fordern könnte, daß er der Gegenleistung verlustig geht, obwohl er sich zur Leistung nur verpflichtet hat um der andren

1) Vgl. Eschelbacher S. 21.

2) Vgl. ferner Gierke, Genossenschaftstheorie S. 530—532, Deutsches Privatrecht S. 683, Eschelbacher S. 17 fg.

3) Knoke S. 42, 43.

4) Tödter S. 9

Leistung willen.[1] [2] Diese Verhältnisse liegen bei der Gesellschaft ebenfalls vor.[3]

Es bleibt nun noch die Frage zu beantworten, ob die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht möglich ist, weil dieser Fall eine anderweitige Regelung im Gesellschaftsrecht gefunden hat. Vorweggenommen sei, daß § 320 Abs. 1 Satz 2 BGB.[4] keine Anwendung finden kann.[5] Dieser Fall liegt bei der Gesellschaft nicht vor, denn hier ist nicht eine teilbare Leistung vorhanden, vielmehr kann jeder nur Leistung an alle fordern.[6]

Man könnte gegen die Anwendbarkeit geltend machen, daß auch ohne die §§ 320—322 BGB. der Gesellschafter durch die §§ 273, 274 BGB. genügend geschützt sei.[7] Nach § 273 Abs. 1 kann ein Schuldner seinem Gläubiger gegenüber, gegen den er einen fälligen Anspruch hat, seine Leistung retinieren. Diese Retention kann nach Abs. 3 desselben Paragraphen durch Sicherheitsleistung (ausgenommen durch Bürgen) abgewendet werden. Für die gegenseitigen Verträge ist die Abwendung ausgeschlossen.[8] Der Grund liegt darin, daß bei diesen

1) s. o. S. 24 fg.

2) Vgl. Knoke S. 42, 43.

3) Für die Anwendbarkeit der Einrede sind außer den oben S. 36 Anm. 2 Citierten, Kuhlenbeck, Bd. I, S. 488; Treitschke S. 118; Zimmermann, Archiv für civilistische Praxis Bd. 54, S. 255 fg.: Jäger, Schweder's Disputationen S. 367.

4) s. o. S. 39.

5) Knoke S. 43; Planck Bd. II, S. 455.

6) s. o. S. 41. Ebenso Knoke S. 43, 44; Planck Bd. II, S. 455; vgl auch die Begründung bei Eschelbacher S 26, 27.

7) Vgl. Planck Bd. II, S. 454.

8) s. o. S. 39 fg.

Verträgen die Leistungen so innig mit einander verbunden sind, daß nur Leistung Zug um Zug gefordert werden kann.[1] Bei der Sicherheitsleistung würde aber diese Leistung Zug um Zug fortfallen, denn der andere kommt nicht in den Genuß der Gegenleistung. Wollte man daher den § 320 BGB von der Anwendbarkeit auf die Gesellschaft ausschließen, so müßte § 273 BGB. zur Anwendung kommen und damit könnte ein Gesellschafter, der noch nicht geleistet hat, die anderen zur Vorleistung zwingen. Das wäre aber unbillig und widerspräche den Regeln über die Gesellschaft.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages findet eine billige Beschränkung, die für das Zurückbehaltungsrecht allgemein nicht gilt,[2] dahin, daß sie nicht entgegengehalten werden kann, wenn es sich um einen verhältnismäßig geringfügigen rückständigen Teil handelt und gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Wollte man diese Vorschrift nicht anwenden, dann würde man zu einer großen Unbilligkeit gelangen. Im Falle eines einfachen Vertrages kann man eine unvollständige Leistung in der Regel, ohne unbillig zu sein, auch wenn nur ein geringfügiger Teil fehlt, zurückweisen, denn hier käme der Schuldner in einen Vorteil, der Gläubiger in einen Nachteil. Anders liegt dies bei den gegenseitigen Verträgen, insonderheit bei der Gesellschaft. Hier bestehen beiderseitig Verpflichtungen und Rechte. Hätte nun der eine schon geleistet, ein unwesentlicher Teil aber fehlte noch an der Vollständigkeit, dann wäre der andere schon

1) § 322 BGB.; vgl. Planck Bd. II, S. 454.
2) s. o. S. 39 fg.

im Genuß fast seines ganzen Rechtes, während der erstere um eines unbedeutenden Mangels willen nicht zu seinem Rechte kommen könnte.

Dies würde auch bei der Gesellschaft zu einer Ungerechtigkeit führen, und es ist daher durchaus notwendig, den § 320 Abs. 2 BGB. zur Anwendung zu bringen.

Die causula rebus sic stantibus[1] ist wegen ihrer Gefährdung der Verkehrssicherheit principiell abgeschafft. Bei den gegenseitigen Verträgen hat sie § 321 BGB. aufrecht erhalten, denn es würde dem Wesen und der Absicht dieser Verträge nicht entsprechen, wenn der eine Teil, welcher vorleisten muß, verpflichtet wäre, ohne die Garantie, daß sein Gegner, dessen Vermögenslage sich verschlechtert hat, auch wirklich leisten kann. Warum man dies bei der Gesellschaft ausscheiden soll, ist nicht abzusehen.

Was bisher für die Anwendbarkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend gemacht wurde, gilt sicherlich, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind. Schwieriger liegt es bei einer Gesellschaft aus mehr als zwei Personen. Aber auch hier wird man die Einrede gewähren müssen.[2] Sie ist aber nur gegenüber dem zulässig, welcher ebenfalls noch nicht geleistet hat.[3] Die synallagmatischen Verpflichtungen bestehen unter den

---

1) s. o. S. 40.

2) Enneccerus Lehmann (Bd. I, S. 725) wollen die Einrede nur dahin ausgestalten, daß der einzelne auf seinen Beitrag belangte Gesellschafter verlangen könne, daß auch die anderen belangt würden.

3) Crome Band II S. 772; Eschelbacher S. 27; Matthiaß, Bd. I, S. 625; Örtmann S. 443; Planck Bd. II, S. 454.

einzelnen Gesellschaftern, die Gegenseitigkeit besteht also immer zwischen je zwei Gesellschaftern. Klagt nun ein Gesellschafter auf Beitragsleistung, welcher auch noch nicht geleistet hat, dann kann man ihm gegenüber geltend machen, daß er seine dem Beklagten versprochene Gegenverpflichtung auch noch nicht erfüllt habe. Klagt dagegen jemand, welcher bereits seinen Beitrag geleistet hat, dann kann dies nicht geltend gemacht werden. Zuweit geht Cosack,[1] wenn er die Einrede so lange gewähren will, bis sämtliche Gesellschafter geleistet haben bezw. ihre Leistung anbieten. Dies würde in der Praxis zu unmöglichen Konsequenzen führen. Haben nämlich mehrere noch nicht geleistet, dann könnte das Urteil, welches der Kläger erzielt, nur auf Erfüllung Zug um Zug lauten.[2] Mit diesem Urteil ist aber nichts zu erreichen, denn es könnte nicht vollstreckt werden, wenn niemand leisten will.[3] Auch mit § 274 Abs. 2 BGB. kann hier nicht geholfen werden, denn wenn nicht alle anderen ihre Leistung anbieten, kommt eben niemand in Annahmverzug.[4]

Wir sind demnach zu dem Ergebnis gelangt, daß bezüglich der Beitragsleistungen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zugestanden werden muß und zwar nur demjenigen Gesellschafter gegenüber, welcher auch noch nicht geleistet hat.

Die Einrede ist auch bei den anderen Verpflichtungen zur Förderung des Gesellschaftszweckes und bei denen

1) Bd. II, S. 735.
2) § 322 BGB.
3) Knoke S. 44. Vgl. Eschelbacher S. 26 fg.
4) Knoke S. 44.

auf Zuteilung von Gewinn und Verlust zu gewähren. Der Einwand, daß sie zum Gesellschaftsvermögen gehören, trifft auch bei ihnen nicht zu, für erstere aus denselben Gründen, wie bezüglich der Beitragsverpflichtungen dargelegt wurde, für letztere ist eine Begründung nicht notwendig, da es selbstverständlich ist, daß diese Ansprüche nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören können. Die Anwendbarkeit entspricht auch durchaus den Gesetzen der Billigkeit. Wenn ein Gesellschafter, der selbst das Konkurrenzverbot übertrat, einen anderen, der dies auch gethan hat, auf Unterlassung verklagt, kann letzterer nur auf Erfüllung Zug um Zug verurteilt werden. Ebensowenig wäre es recht, einen Gesellschafter, der einem anderen einen Gewinnanteil vorenthält, mit einer Klage auf Herausgabe eines anderen Gewinnanteiles unbedingt durchdringen zu lassen, ebenso in entsprechender Weise bezüglich des Verlustes.

Bei dem oben angeführten Fall, daß verabredet wurde, ein Gesellschaftsgeheimnis zu bewahren, ist bei eingetretener Nichtleistung, d. h. im Falle des Ausplauderns, eine Erfüllung nicht mehr möglich. Auch wenn derjenige, welcher das Geheimnis erfahren hat, sich zum Schweigen verpflichtet, liegt immerhin eine teilweise Unmöglichkeit vor. Wie die Verhältnisse sich hier gestalten, wird weiter unten behandelt werden.[1] Die Klage auf Erfüllung nimmt daher hier die Form einer Klage auf Unterlassung weiterer Übertretungen an,

1) S. 68.

wenn solche zu befürchten sind. Hier kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegengehalten werden, wenn die Klage von einem Gesellschafter angestellt wird, welcher seinerseits ein Gesellschaftsgeheimnis zur Verbreitung bringt.

2. Die Unmöglichkeit der Leistung.

a) Von keiner Partei zu vertretende Möglichkeit.

§ 13.

Es handelt sich hier um die nachfolgende Unmöglichkeit, denn bei ursprünglicher Unmöglichkeit ist der ganze Vertrag nach der allgemeinen Vorschrift des § 306 BGB. nichtig. Bezüglich der nachfolgenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen trifft das BGB. besondere Bestimmungen.

Ist die Unmöglichkeit von keiner Partei zu vertreten, dann geht der Anspruch auf Gegenleistung verloren, bezw. bei teilweiser Unmöglichkeit vermindert sich der Gegenanspruch entsprechend gemäß den Vorschriften für die Minderung beim Kaufe.[1]

Die Gegenleistung ist von der anderen Partei zu erfüllen, wenn sie das s. g. stellvertretende Kommodum nach § 281 BGB. verlangt. Sie vermindert sich aber. in demselben Maße, wie diese Ersatzleistung hinter der ursprünglich erforderlichen Leistung zurückbleibt.[2]

1) § 323 Abs. 1 BGB.
2) § 323 Abs. 2 BGB.

Trotzdem überflüssig vollzogene Gegenleistung kann als ungerechtfertigte Bereicherung heraus verlangt werden.[1]

Bezüglich des Unmöglichwerdens der Leistung haben wir für die Gesellschaft eine spezielle Vorschrift in § 723 Abs. 1 BGB. Hiernach kann im Falle eines wichtigen Grundes die Gesellschaft gekündigt werden, und ein solcher Grund liegt in der Unmöglichkeit der Leistung. Hierdurch scheint der § 323 BGB. von der Anwendung auf die Gesellschaft ausgeschlossen zu sein. Diese Ansicht wird auch thatsächlich vertreten.[2] Planck[3] macht hier einen Unterschied zwischen dem Fall, daß zwei Gesellschafter vorhanden sind und dem, daß die Gesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern besteht. Im ersteren Falle will Planck den § 323 BGB. anwenden, damit sei die Kündigung nach § 723 BGB. ausgeschlossen, im letzteren Fall soll lediglich ein Kündigungsrecht nach § 723 BGB. zustehen.

Was zunächst den Fall anbetrifft, daß nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, so behalten beide Paragraphen auch nebeneinander volle Gleichgültigkeit.[4] Es giebt Fälle, in denen man nur durch Anwendung des § 723 BGB. zu einem billigen Resultate kommt und andererseits solche, wo dies nur durch Anwendung des § 323 BGB. geschieht.

Ist noch von keiner Seite geleistet worden, und liegt lediglich der Gesellschaftsvertrag vor, dann haben aller-

1) § 323 Abs. 3 BGB

2) Cosack Bd. II, S. 375 im Anschluß an ihn Eschelbacher S. 28; Kipp zu Windscheid Bd. II, S. 732.

3) Bd. II, S. 454 fg.

4) Vgl. Kisch S. 57, 58 und Anm. 15.

dings beide Paragraphen dieselbe Wirkung, die Gesellschaft fällt fort.[1] Anders dagegen liegt die Sache, wenn der eine Teil bereits freiwillig geleistet hat, und dies wird in der Praxis sehr häufig vorkommen, oder es sind bereits Gesellschaftshandlungen vorgenommen worden, welche zu Gewinn oder Verlust geführt haben. Letzteres kann auch eintreten, wenn noch niemand geleistet hat. Hier würde der § 323 BGB. nicht ausreichen,[2] denn mit dem Wegfall der Beitragspflicht ist die Gesellschaft noch nicht zu Ende, da noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, sei es nun aktives oder passives, je nach dem Gewinn oder Verlust entstanden ist. Hier wird eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht auf Grund einer Kündigung nötig.[3]

Hat ein Teil bereits geleistet, dann kann nach § 323 BGB. das Geleistete nur insoweit zurückverlangt werden, als der andere Teil bereichert ist.[4] Dies würde bei der Gesellschaft in der Weise geschehen, daß der Gesellschafter, welcher geleistet hat, sich aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen darf, denn der andere ist um das Recht an der Einlage bereichert. Reicht nun das Gesellschaftsvermögen nicht aus, sei es, daß die Einlage

1) Motive Bd. II, S. 600; Matthiaß Bd. I, S. 623; Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse S. 73 fg.

2) Kipp zu Windscheid Bd. II, S. 732 hält die Anwendbarkeit des § 323 BGB. im allgemeinen für möglich, nur bei dem im Text dargelegten Falle ginge es nicht. Deshalb solle man überhaupt den § 323 BGB. aus dem Spiele lassen. Warum dies geschehen soll, wenn § 723 BGB. keine befriedigende Regelung bietet, ist nicht abzusehen.

3) Knoke S. 46.

4) s. o. S. 56.

des einen Gesellschafters sich durch Verlust oder auf andere Weise vermindert hat, sei es, daß er durch Anspruch auf Ersatz von Auslagen mehr zu fordern berechtigt ist, dann würde nach § 323 BGB. der Gesellschafter den Verlust allein tragen müssen. Dies vermeidet § 723 BGB., denn bei der Auseinandersetzung trifft ein Teil des Verlustes auch den anderen. [1] [2]. Ein Beispiel wird dies klar machen. A und B wollen ein Patent kaufen und ausnützen. Sie schließen einen Gesellschaftsvertrag. Der Kaufpreis des Patentes beträgt 10 000 Mk., noch weitere 10 000 Mk. sind zur Ausnützung erforderlich. Die notwendigen 20 000 Mk. sollen zu gleichen Teilen beigesteuert werden. Da A gerade 10 000 Mk. flüssig hat, wird hiermit das Patent erworben, während B seinen Beitrag erst in einiger Zeit flüssig machen kann. In dieser Zeit verliert B sein Vermögen durch Konkurs einer Aktiengesellschaft, und die Gegenleistung wird ihm unmöglich, da er keinen Kredit erhält. Inzwischen ist aber der Wert des Patentes durch eine neue Erfindung um die Hälfte gesunken. Hier würde bei Anwendung des § 323 BGB. ein Anspruch für A nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung bestehen, d. h. er könnte die 5000 Mk., welche für das Patent erlöst werden, für sich beanspruchen, hätte also einen Verlust von 5000 Mk. zu tragen. Auf Grund der Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht infolge der Kündigung aber müssen erst die Einlagen aus dem Gesellschaftsvermögen zurückgezahlt werden. Wir wollen

1) § 735 BGB.
2) Knoke S. 46, 47.

der Einfachheit halber annehmen, daß Schulden noch nicht kontrahiert wurden. Danach bekäme A auch die 5000 Mk., den Erlös aus dem Patentverkauf. Während er nun aber bei Anwendung des § 323 BGG. nichts weiter verlangen kann, da ja B nicht ungerechtfertigt bereichert ist, liegt dies bei Ausübung des Kündigungsrechtes anders. Für den Fehlbetrag müssen die Gesellschafter nach dem Verhältnis aufkommen, wie sie den Verlust zu tragen haben. Nehmen wir hier gleiche Verlustanteile an, dann hätte A nur einen Ausfall von 2500 Mk. zu tragen und könnte von B Ersatz der anderen 2500 Mk. verlangen.

Eben hatten wir einen Fall, in dem § 323 BGB. nicht zur Anwendung kommen konnte.[1] Andererseits giebt es aber auch viele Fälle, in denen die bloße Anwendung des Kündigungsrechtes nicht ausreicht, sondern § 323 BGB. eine bessere Regelung verspricht. Nehmen wir hier den oben erwähnten Fall an, daß bereits Gewinn gemacht wurde. Die Folge der Kündigung ist, wie gesagt, die Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht. Daraus würde nach § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB folgen, daß für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, kein Ersatz verlangt werden kann. Hiernach würde also ein Gesellschafter, welcher seinen Beitrag nicht leisten kann, welcher also weder Opfer an Geld, Arbeit u. s. w. gebracht hat einen

1) Cosack Bd. II, S. 374 ist deshalb gegen die Anwendbarkeit der §§ 323–325 BGB. überhaupt, doch vgl. die folgenden Ausführungen im Text.

ebenso großen Anteil am Gewinn bekommen, wie der andere, welcher durch Überlassung seiner Sache Schaden erleidet oder seine Dienste dem Zweck der Gesellschaft gewidmet hat Hier greift § 323 BGB. ein, welcher einen Ersatz gewährt, insoweit eine ungerechtfertigte Bereicherung des anderen Teiles herausverlangt werden kann.[1] Wir wollen die Sache wiederum an einem Beispiel beweisen. Wenn A sein Patent verwerten will und hat nur 5000 Mark, er bedarf aber zur völligen Ausnutzung einer Summe von 20000 Mark; B will die fehlenden 15000 Mark hergeben, und beide schließen einen Gesellschaftsvertrag dahin ab. B versteht von den teschnischen Arbeiten nichts, welche A allein übernimmt. Der Gewinn soll zu gleichen Teilen verteilt werden. B hat das notwendige Geld noch nicht flüssig und A übernimmt schon die Herstellung mit seinen 5000 Mark. Nun wird die Leistung des B unmöglich, A hat aber mit seiner Einlage bereits einen Gewinn von 2000 Mark erzielt. Kommt es hier zu einer Kündigung und Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht, dann kann A seine 5000 Mark und das eingebrachte Patent wieder zurücknehmen und jeder bekommt einen gleichen Anteil am Gewinn, welcher also für jeden 1000 Mark betragen würde. Dies wäre sicherlich unbillig, denn B hat garnichts gethan und geleistet und soll trotzdem 1000 Mark bekommen. Hier ann A nach § 323 BGB. auch diese 1000 Mark für sich behalten, denn B wäre durch sie ungerechtfertigt bereichert.

1) Knoke S. 47, Planck Bd. II, S. 454, 455.

Man kann aus den angegebenen Fällen demnach ersehen, daß sowohl § 723 BGB. als auch § 323 BGB. auch nebeneinander ihre volle Berechtigung behalten, daß keiner der beiden Paragraphen durch den andern ausgeschlossen wird. Es ist daher nicht richtig, wenn Planck bei zwei Gesellschaftern den § 723 BGB. ausschließen will.[1]

Unentbehrlich ist der Paragraph 323 ferner, wenn nur eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung eintritt. Hier würde eine Kündigung den Interessen der Gesellschafter direkt entgegen sein. Für den Fall, daß durch die teilweise Unmöglichkeit auch die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich wird, greift nicht § 723 BGB. Platz sondern § 726 BGB., die Gesellschaft endigt ipso iure ohne Kündigung. Es bleiben also für die Anwendbarkeit von § 723 BGB. nur die Fälle übrig, wo durch das Ausfallen eines Teiles der Leistung, der Gesellschaftszweck nicht unmöglich wird. Dann kann man aber in dem Ausfall kaum den wichtigen Grund sehen, dessen es zur Ausübung des Kündigungsrechtes bedarf. Wollte man zwar keinen Kündigungsgrund annehmen, aber auch nicht den § 323 BGB. entsprechend anwenden, sondern nur den Gesellschafter, bei dem die Unmöglichkeit eingetreten ist, seinen übrig gebliebenen Teil leisten lassen, dann würde man § 722 BGB. anwenden müssen. Das wäre aber unbillig, denn der Gesellschafter, welcher nur den Rest seines Beitrages leistet, würde einen ebenso großen Gewinnanteil bekommen, wie die anderen bezw. wie ihm bei der vollen Beitragsleistung zugekommen

1) Bd. II, S 454.

wäre.[1] Die beste Lösung bietet hier entschieden § 323 BGB., immer vorausgesetzt, daß der Gesellschaftszweck nicht unmöglich wird, die Gegenleistung, d. h. die andern Beiträge, mindern sich nach den Grundsätzen über die Minderung beim Kauf.[2]

Bisher haben wir den Fall angenommen, daß nur zwei Gesellschafter die Gesellschaft bilden. Wie steht es nun bei mehr als zwei Gesellschaftern? Wendet man hier den § 323 BGB. an, dann fallen bei gänzlicher Unmöglichkeit der Leistung des einen die Verpflichtungen der übrigen ihm gegenüber fort. Hierbei sollen nach Planck[3] die Verpflichtungen zwischen den übrigen Gesellschaftern bestehen bleiben. Das dürfte nicht zutreffen, auch sie fallen fort.[4] Nehmen wir zunächst an, daß der Beitrag des einen nur teilweise unmöglich wird, daß statt 10000 Mk. nur 9000 Mk. z. B. geleistet werden können, dann würden sich die Beiträge der anderen ihnen gegenüber mindern,[5] d. h. auch sie würden auf 9000 Mk. Damit haben sich aber auch die Verpflichtungen der übrigen Gesellschafter untereinander gemindert. Verfahren wir nun nach Art eines

1) Man darf natürlich nicht annehmen, daß der Gesellschaftsvertrag abgeändert und dem Gesellschafter, welcher seinen Beitrag nicht ganz hat leisten können, hierbei nur ein geringerer Gewinnanteil zugesprochen wird, obwohl dies in der Praxis sicherlich stets der Fall sein wird.

2) § 323 Abs. 1 Satz 2 BGB.

3) Bd. II, S. 4-5, ebenso Eschelbacher S. 28. Dagegen Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse S. 74.

4) Knoke S. 47; Schollmeyer, einzelne Schuldverhältnisse S. 74.

5) Daß die Beiträge sich bei teilweiser Unmöglichkeit mindern müssen, folgt aus denselben Gründen, wie den oben S. 62 fg. für den Fall, daß nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, dargelegten.

mathematischen Beweises und lassen die teilweise Unmöglichkeit immer größer werden, der Gesellschafter kann z. B. nur 1000 Mk. leisten, dann mindern sich auch die Verpflichtungen der andern sowohl dem gegenüber, in dessen Person die teilweise Unmöglichkeit eintritt, als auch untereinander in entsprechend größerem Maße. Wird die Unmöglichkeit schließlich gleich 10000, dann sinken auch die anderen Beiträge um 10000, d. h. sie fallen fort. Etwas ähnliches liegt vor, wenn die Verpflichtung des einen Gesellschaftters nichtig ist, dann ist der ganze Gesellschaftsvertrag nichtig.[1] Aus obigem Beweis geht klar hervor, daß Veränderungen in der Verpflichtung des einen auch die aller übrigen Gesellschafter ergreifen,[2] [3] mithin fallen bei gänzlicher Unmöglichkeit einer Leistung die anderen Verpflichtungen in sich zusammen, bei teilweiser Unmöglichkeit mindern sich dieselben. Hieraus ergiebt sich der Ansicht Planck's entgegen, daß auch bei Anwendung des § 323 BGB. die Beiträge fortfallen können und daß es nicht erst noch einer Kündigung bedarf. Es ergeben sich demnach dieselben Konsequenzen,

1) § 139 BGB.

2) Knoke S. 47.

3) Sehr sonderbar sind die Schlüsse, die Eschelbacher an seine Ausführungen, daß die Verpflichtung unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehe, knüpft. Daraus, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehe, erkläre sich, daß § 723 BGB. jedem Gesellschafter ein Kündigungsrecht gebe, wenn einem anderen die Leistung unmöglich wird (!) Würde in einem derartigen Falle die Gesellschaft schon von Rechtswegen sich auflösen, dann wäre für ein Kündigungsrecht kein Bedürfnis, es wäre unverständlich (!!). Mir scheinen eher diese Ausführungen unverständlich zu sein; Eschelbacher scheint der Meinung zu sein, daß das Kündigungsrecht nur für diesen einen einzigen Fall des Unmöglichwerdens der Beitragsleistung vorhanden sei.

wie für den oben besprochenen Fall, daß nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, auch, wenn mehr als zwei Personen die Gesellschaft bilden. Liegt lediglich der Gesellschaftsvertrag vor, dann haben beide Paragraphen dieselbe Wirkung, die Gesellschaft fällt fort. Ist dagegen Gewinn oder Verlust bereits entstanden, dann ist eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht herbeizuführen, indem gekündigt wird. Andererseits aber kann für geleistete Dienste und eingebrachte Gegenstände Ersatz nur nach § 323 BGB. auf Grund der Vorschriften über eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangt werden. Ebenso bleibt zu beachten, daß nur § 323 GBG. Hülfe bei teilweiser Unmöglichkeit bietet.

Neben dem bisher behandelten Kündigungsrecht gewährt das BGB. noch eine zweite Möglichkeit für den Fall, daß im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß im Fall einer Kündigung seitens eines Gesellschafters die Gesellschaft zwischen den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Tritt hier in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund zur Kündigung für die übrigen ein, dann kann dieser Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden.[1] Es wäre demgemäß jetzt zu prüfen, ob in den Fällen, in denen dieses Ausschlußrecht zusteht, die Anwendbarkeit des § 323 BGB. überflüssig wird.

Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern, dann ist ein Ausschlußrecht nicht zu gewähren, denn eine dem § 142 HGB. gleiche Bestimmung hat das

1) § 737 Satz 1 BGB.

BGB. nicht getroffen.[1] Sind mehr als zwei Gesellschafter vorhanden, so ergiebt sich folgende Regelung. Was die oben dargelegten Fälle anbelangt, wo die Ausübung des Kündigungsrechtes eine bessere Regelung verspricht als die Anwendnng des § 323 BGB., muß man natürlich auch zu dem Resultat kommen, daß ein zustehendes Ausschlußrecht nach § 737 BGB. jenen Paragraphen von der Anwendbarkeit ausschließt. Wenn beim Eintritt der Unmöglichkeit lediglich noch der Gesellschaftsvertrag vorliegt, dann wird es am besten den Interessen der übrigen Gesellschafter entsprechen, wenn der Gesellschafter, in dessen Person die Unmöglichkeit eintritt, ausgeschlossen wird. Dasselbe ist der Fall, wenn bereits Gewinn vor dem Unmöglichwerden der Leistung entstanden ist.

Es bleiben nun noch die Fälle zu prüfen, in denen nach dem oben Ausgeführten die Verhältnisse nach § 323 BGB. geregelt werden müssen. Auch in diesem Falle kann das Ausschlußrecht zur Anwendung kommen. Nach § 738 Stz. 2 BGB. würde nun der ausgeschlossene Gesellschafter herausverlangen können, was er bei der Auseinandersetzung bekommen würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Hier greift nun § 323 BGB. wiederum ein, indem nicht herausgegeben zu werden braucht, durch was der Ausgeschlossene ungerechtfertigt bereichert wäre. Als Beweis diene wiederum das oben[2] angeführte Beispiel, welches sich nun dahin ändert, daß an Stelle des

1) Vgl. Knocke S. 127 und Anm. 11.
2) S. 60 fg.

Gesellschafters B mehrere Personen, z. B. B, C, D treten, welche die Summe aufzubringen haben. Nehmen wir an, daß die Leistung des C unmöglich wird, und dieser von den übrigen Gesellschaftern ausgeschlossen wird. Wenn man hier den § 323 BGB. nicht anwenden würde, dann würde C einen Anspruch auf 500 Mk., die ihm bei der Auseinandersetzung nach dem oben[1] Gesagten zustehen würde, haben, vorausgesetzt, daß gleiche Gewinnanteile bestehen. Dies wäre aber unbillig. Wendet man dagegen den § 323 BGB. an, dann hat er nichts zu beanspruchen, denn sonst wäre er ungerechtfertigt bereichert. Demnach wird in diesem Falle der § 323BGB. keineswegs durch den § 737 BGB. ausgeschlossen, die beiden Paragraphen gelten auch nicht nur nebeneinander, der § 323 ergänzt vielmehr den § 737.

Was den Fall der teilweisen Unmöglichkeit betrifft, so ist ein Ausschlußrecht nicht gegeben, weil, wenn der Gesellschaftszweck trotzdem erreichbar bleibt, kein wichtiger Grund vorliegt,[2] bleibt er nicht erreichbar, so löst sich die Gesellschaft ipso iure nach § 726 BGB. auf.

Es bleibt noch zu erwähnen, daß für die unmöglich gewordene Leistung nach § 281 BGB. Herausgabe dessen verlangt werden kann, was für den geschuldeten Gegenstand als Ersatz erlangt wurde, bzw. Abtretung des Ersatzanspruches. Bei den gegenseitigen Verträgen, also auch bei der Gesellschaft, bleibt dann natürlich die Gegenleistungspflicht bestehen. Bleibt nun der Ersatz

1) S. 61.

2) Vgl. das oben S. 62 bezüglich des Kündigungsrechtes Gesagte.

hinter dem Wert der ursprünglichen Leistung zurück, dann mindert sich die Gegenleistung,[1] es wird dieser Fall also ebenso betrachtet, als wenn die Leistung nur teilweise unmöglich geworden wäre. Für diesen Fall bietet aber das Gesellschaftsrecht gar keine Regelung. Diese Vorschrift des § 323 BGB. ist also notgedrungen anzuwenden, wie sich aus dem oben Gesagten ergiebt.[2]

Was die Fälle anbelangt, in denen die Gesellschafter zu Unterlassungen verpflichtet sind, so kann man bezüglich des Konkurrenzverbotes eine Unmöglichkeit es innezuhalten, nicht konstruieren, denn auch, wenn es übertreten ist, kann das Konkurrenzgeschäft jederzeit aufgehoben werden. Bezüglich der Wahrung eines Gesellschaftsgeheimnisses kann dagegen eine nicht zu vertretende Unmöglichkeit eintreten, wenn z. B. durch Einbruch Geschäftspapiere entwendet werden. Hier kann man aber den § 323 BGB. nicht anwenden, denn es würde gegen die Interessen der Gesellschaft verstoßen, wenn man nunmehr auch den anderen Gesellschaftern ein Recht gewähren wollte, ihrerseits ebenfalls das Geheimnis zur Verbreitung zu bringen.

Bezüglich der Unmöglichkeit der Auszahlung eines Gewinnanteiles, das Geld wurde z. B. dem Gesellschafter gestohlen, oder der Übernahme eines Anteils am Verlust, z. B. ein Gesellschafter verliert sein gesamtes Vermögen und ist unpfändbar, ist folgendes zu bemerken. Der Gewinn gehört vor der Verteilung allen Gesellschaftern gemeinsam. Wird nun die Verteilung dem,

1) Vgl. o. S. 55.
2) S. 62 fg.

der sie vornehmen mußte, schuldloser Weise unmöglich, dann trifft alle Gesellschafter dieser Ausfall; es kann demnach § 323 BGB. nicht anwendbar sein. Wird die Übernahme eines Verlustanteiles unmöglich, so ist die Anwendbarkeit des § 323 BGB. ebenfalls ausgeschlossen, da ja die Gesellschafter ohnehin mit ihrem Privatvermögen haften.

b. Zu vertretende Unmöglichkeit.

§ 14.

Hier ist zu unterscheiden, ob die obliegende Leistung durch einen Umstand unmöglich wird, den der andere Teil oder der Teil selbst zu vertreten hat. Nach § 324 BGB. bleibt für den ersteren Fall der Anspruch auf Gegenleistung bestehen. Dies würde beim Kauf bedeuten, daß der Käufer, welcher die Kaufsache z. B. vernichtet, dennoch den Kaufpreis bezahlen muß, ohne natürlich die gekaufte Sache zu bekommen. Dies ist in unveränderter Weise auf die Gesellschaft nicht anwendbar.[1] Man würde sonst, zunächst für den Fall, daß die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, zu dem Resultate kommen, daß der Schuldige seinen Beitrag zahlen müßte, während der andere nichts zahlt. Der letztere verliert aber dadurch den Gewinn, den er durch seinen Beitrag erzielt hätte, während der andere immer noch an seinem Beitrag mitberechtigt wäre. Er würde also seinen Beitrag verlieren und nur die Mitberechtigung an dem des anderen erlangen, die er auch

1) Vgl. auch Kisch, Unmöglichkeit der Leistung, S. 89 und Anm. 14.

gehabt hätte, wenn seine Beitragsleistung nicht unmöglich geworden wäre. Bei der Auflösung könnte der andere dann seinen Beitrag zurückverlangen und er bekäme nichts, denn er hat nichts eingebracht. Diese Regelung kann natürlich nicht richtig sein.[1]

Der Unterschied der Gesellschaft vom Kauf und den anderen gegenseitigen Verträgen liegt darin, daß bei ihnen lediglich der Austausch von Leistungen bezweckt wird, so daß mit der Leistung der Gläubiger befriedigt ist. Bei der Gesellschaft dagegen sind die Leistungen auch Mittel zum Zweck, nämlich zur Erreichung des Gesellschaftszweckes. Beim Kauf verliert der Verkäufer an der Sache, durch den Verkauf jedes Recht, so daß er, wenn die Sache untergeht und zwar durch des anderen Schuld, und dieser seine Gegenleistung bewirkt, in seinem Vermögen nichts eingebüßt hat. Anders bei der Gesellschaft. An der eigenen Leistung verliert der Gesellschafter nicht jedes Recht, denn er kann sie später zurückerlangen, bekommt aus ihr Gewinn u. s. w. Andererseits ist die Leistung des Schuldigen kein Ersatz für die unmöglich gewordene Leistung, denn der Vorteil aus dessen Leistung, wäre ihm auch zugeflossen, wenn die seinige nicht unmöglich geworden wäre. Daß nun der andere für den durch seine Schuld entstandenen Verlust ein Äquivalent geben muß, ist klar.

Der Beitrag bildet eine Gegenleistung nur insofern, als durch seine Leistung die gegenseitige Verpflichtung erfüllt wird, wie wir oben sahen.[2] Außerdem dient

1) Knoke S. 48.
2) o. S. 29.

aber der Beitrag noch zur Erreichung des Gesellschaftszweckes. Die Beitragsleistung hat also zwei Seiten. Durch das von dem anderen Gesellschafter verschuldete Unmöglichwerden der Beitragsleistung, fällt nun die Gegenleistung fort, während der Anspruch auf dessen Leistung bestehen bleibt. Da aber der Beitrag auch zur Erreichung des Gesellschaftszweckes diente, ist für den Ausfall in dieser Beziehung Ersatz zu leisten. Hier ist demnach folgendermaßen zu verfahren. Für den unmöglich gewordenen Beitrag kann Ersatz verlangt werden, welcher in die Gesellschaftsklasse fließt.[1] Nunmehr greift § 324 BGB ein, welcher das Recht auf Gegenleistung giebt, derjenige, der dies Recht ausübt, muß aber das, was er zum Ersatz erlangt hat, auch einbringen.[2]

Bei mehr als zwei Gesellschaftern würde der Schuldige bei wörtlicher Anwendung des § 324 BGB. den Anspruch auf Gegenleistung, welchen er gegen den Gesellschafter hat, dessen Beitragsleistung durch ihn unmöglich geworden ist, verlieren, seinerseits aber leisten müssen. Die anderen Gesellschafter hätten aber gegen denjenigen, dessen Leistung unmöglich wurde, keinen Anspruch, weil diesen keine Schuld trifft. Auch ihre Gegenverpflichtung würde ihm gegenüber fortfallen, und damit auch die Verpflichtungen untereinander, da Veränderungen in der Beitragspflicht des einen sich auch denen der anderen mitteilen."[3] Es würden also nur

1) Vgl. Crome Bd. II, S. 772.

2) Knoke S. 48, 49. Crome Band II, S. 771, Anm. 12, welcher auf Knoke verweist.

3) s. o. S. 63 fg.

der schuldige Gesellschafter seinen Gesellschaftsbeitrag zu leisten haben. Damit hätten aber die anderen wiederum die oben angegebenen Nachteile. Wie man sieht, ist also eine wörtliche Anwendung auch hier nicht möglich. Wegen der Zweiseitigkeit der Beitragsleistungen kann ebenfalls zunächst ein Ersatzanspruch gegen den schuldigen Gesellschafter geltend gemacht werden. Dieser Ersatz fließt an Stelle des unmöglich gewordenen Beitrags in das Gesellschaftsvermögen,[1] im übrigen haben die Gesellschafter, auch der schuldige, ihre Beiträge zu leisten.

Wollte man den § 324 BGB. nicht zur Anwendung bringen, sondern nur ein Kündigungsrecht gestatten, weil in der schuldhaften Handlung des einen Gesellschafters ein wichtiger Grund zur Kündigung vorhanden sei, dann könnte allerdings auch der betroffene Gesellschafter für seine unmöglich gewordene Leistung Ersatz verlangen.[2] Aber die Gesellschaft würde hier fortfallen und somit der Gewinn nicht erzielt werden. Auch das Ausschlußrecht wäre hier nicht am Platze, denn durch das größere Gesellschaftsvermögen, wenn auch der schuldige Gesellschafter seinen Beitrag leistet, kann ein größerer Gewinn erzielt werden, außerdem kann durch das Fehlen dieses Beitrages der ganze Gesellschaftszweck unerreichbar werden. Hierzu kommt, daß man in der Schuld des einen Gesellschafters kaum einen wichtigen Grund zur Kündigung oder zum Ausschluß wird erblicken können, da ja für den unmöglich gewordenen Beitrag Ersatz verlangt werden kann.

1) Crome Bd. II, S. 772.
2) § 823 BGB.

Dem eben dargelegten Falle, daß die Leistung durch Schuld des anderen Teiles unmöglich wird, stellt § 394 Abs. 2 BGB. denjenigen gleich, daß dies geschieht, ohne daß es vertreten zu werden braucht, während der Empfänger sich im Annahmeverzug befindet Hier ergiebt sich also dasselbe wie oben angeführt wurde.

Bezüglich des Konkurrenzverbotes kann man ein Unmöglichwerden überhaupt nicht konstruieren, also auch nicht ein von der anderen Partei zu vertretendes.

Wird die Verpflichtung zum Geheimhalten von Gesellschaftsverhältnissen durch die andere Partei unmöglich, z. B. ein Gesellschafter läßt sich Papiere von dem zur Aufbewahrung verpflichteten geben und verliert sie schuldhafter Weise, dann kann § 324 BGB. nicht zur Anwendung kommen, da dies den Gesellschaftsinteressen widersprechen würde, es kann nur Ersatz für den eventuell entstehenden Schaden verlangt werden.[1]

Wird jemandem durch eines anderen Schuld die Zuteilung des Gewinnes oder Tragung des Verlustes unmöglich, dann kann ebenfalls nur Schadenersatz gefordert werden,[2] doch ist § 324 BGB. nicht anwendbar.

§ 15.

Die obliegende Leistung kann auch durch einen Umstand unmöglich werden, den der betreffende Teil selbst zu vertreten hat. Hier stehen der anderen Partei nach § 325 BGB. drei Wege offen. Es kann Schadens-

1) § 823 BGB.
2) § 823 BGB.

ersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Da dieser an Stelle der Leistung tritt, bleibt die Gegenleistung bestehen.[1] Hätte z. B. der Gesellschafter A persönliche Dienste übernommen und geht seiner Fähigkeit zur Ausübung verlustig, dann kann nach § 325 BGB Ersatz für die unmöglich gewordene Dienstleistung, d. h. Stellung eines anderen zur Übernahme der Arbeiten, verlangt werden, die Gegenleistung bliebe natürlich bestehen. Würde man hier kündigen, dann könnte allerdings auch Schadensersatz für den ausgefallenen Gewinn verlangt werden.[2] Dies würde aber in vielen Fällen den Interessen der anderen Gesell-

1) Es ist eine Streitfrage, ob die Gegenleistung des anderen Teils bestehen bleibt, wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird. Die einen sind der Ansicht, in diesem Falle fiele die Gegenleistung fort und der Ersatz fordernde Teil könne nur die Differenz zwischen seiner Leistung und der unmöglich gewordenen als Ersatz verlangen, bekäme also, wenn seine Leistung z. B. einen höheren Wert als die unmöglich gewordene hat, garnichts. Die anderen meinen, es könne auf Ersatz für die gesamte unmöglich gewordene Leistung geklagt werden und es müsse demnach auch die Gegenleistung seitens des vertragstreuen Teiles bestehen bleiben weil er ja ebensoviel bekommt, als wenn die Leistung nicht unmöglich geworden wäre, wenn auch nicht diese selbst.

Ein Eingehen auf diese Streitfrage verbietet der Rahmen dieser Abhandlung, da dieselbe einen größeren Raum beanspruchen würde, als die gesamte vorliegende Abhandlung. Außerdem ist auch die Streitfrage zu Gunsten der Ansicht, welche den Ersatzanspruch auf die gesamte unmöglich gewordene Leistung gehen lassen und demgemäß die Gegenleistung fortbestehen lassen will, entschieden. Diese Ansicht ist unzweifelhaft die herrschende und vor kurzem sind die gegen sie in letzter Zeit erhobenen Angriffe in sehr eingehender und, wie mir scheint, durchschlagender Weise von Kisch in Iherings Jahrbüchern Band VIII, S. 68—142 zurückgewiesen worden, auf dessen Ausführungen hiermit verwiesen sei.

2) § 823 BGB.

schafter nicht entsprechen. Es wird z. B. meist sehr schwer sein, den ausgefallenen Gewinn richtig zu bestimmen, oder der Schuldige kann zwar zum Ersatz der unmöglichen Leistung fähig sein, aber nicht zur Erstattung des ausgefallenen Gewinnes. Nehmen wir z. B. den Fall an, daß A und B ein Patent des A verwerten wollen, wobei A infolge seiner großen Geschicklichkeit die technischen Arbeiten übernimmt, B dagegen die nötigen pekuniären Mittel beisteuern will. Nun verliert A infolge seiner Trunksucht die Fähigkeit zur Ausführung der feinen Arbeiten. Würde hier B kündigen, dann könnte er Ersatz für den entgangenen Gewinn verlangen. Abgesehen davon, daß man ihn vielleicht garnicht bestimmen kann, wollen wir annehmen, daß der Schaden auf 100000 Mark berechnet wird. Nun hat aber A nicht die Mittel, um diesen Schaden zu ersetzen, wohl aber, um einen fähigen Arbeiter für sich zu stellen. Hier würde B, wenn er kündigt, den nicht beizutreibenden Teil des Schadensersatzes einbüßen. Eine befriedigende Lösung verspricht für diesen Fall nur § 325 BGB. Es kann Stellung eines anderen Arbeiters verlangt werden, und die Gesellschaft bleibt bestehen. Für mehr als zwei Gesellschafter ergiebt sich dasselbe. Der Schadensersatz kann aber nur an die Gesellschaftskasse verlangt werden, wie die Beiträge, da er an deren Stelle tritt.

Noch eine weitere Möglichkeit haben die Gesellschafter gegenüber dem Schuldigen. Sie können von dem Vertrage zurücktreten. Liegt bisher lediglich der Gesellschaftsvertrag vor, dann haben Rücktritt und Kündigung dieselbe

Wirkung. Ist dagegen schon Gewinn gemacht, dann muß eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht auf Grund des § 723 BGB. erfolgen. Hier reicht § 325 BGB. nicht aus. Andererseits ist aber das Rücktrittsrecht umfassender als die Kündigung, denn es muß der frühere Zustand wiederhergestellt werden. Hiernach kann Ersatz für Verschlechterung eines quoad usum eingebrachten Gegenstandes verlangt werden und Ersatz für Dienstleistungen, was bei der Kündigung ausgeschlossen ist.[1]

Sind mehr als zwei Gesellschafter vorhanden, dann kann nach § 356 BGB, welcher, wie § 327 BGB. bestimmt, zur Anwendung kommen muß, nur gemeinsam zurückgetreten werden.[2] Sind nun die übrigen nicht zum Rücktritt bereit, dann hilft dem einzelnen nur die Kündigung.

Endlich haben die Gesellschafter noch einen dritten Weg, sie können dem Schuldigen seine Schuld nicht anrechnen, und ihr Recht geltend machen, wie wenn die Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten wäre. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über diesen Fall ergiebt sich aus dem oben Seite 56 fg. Gesagten.

Ist gemäß dem Gesellschaftsvertrage ein Ausschluß des schuldigen Gesellschafters möglich, dann wird man auch dieses Recht im vorliegenden Falle gewähren müssen, da ein wichtiger Grund vorhanden ist. Aber dies schließt den § 325 BGB. nicht aus, man wird vielmehr den Gesellschaftern die Wahl überlassen müssen, ob sie eventuell dieses Recht ausüben wollen, denn der § 325 erzielt

1) Vgl. Crome Bd. II, S 773.
2) Vgl. Crome Bd. II, S. 772.

vielfach andere, den Interessen der Gesellschafter besser entsprechende Wirkungen, z. B. beim Gebrauch des nach dem vorhergehenden Absatze zustehenden Rechtes.

Was das Konkurrenzverbot betrifft, so ist, wie schon mehrfach gesagt, eine Unmöglichkeit nicht zu konstruieren. Bezüglich des Bewahrens von Gesellschaftsgeheimnissen könnte ein Grund zur Kündigung vorliegen. Ist dies nicht der Fall, dann kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Das Rücktrittsrecht und die Rechte aus § 323 BGB. stehen nicht zu, weil dies gegen die Gesellschaftsinteressen verstoßen würde. Bei Unmöglichkeit der Zuteilung von Gewinnanteilen oder Tragung eines Teiles des Verlustes, kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Eine Kündigung der Gesellschaft, sowie ein Rücktritts- oder Ausschlußrecht ist dagegen nicht begründet, für ersteres liegt kein Grund vor, letzteres würde den Interessen der Gesellschaft widersprechen. Da § 323 BGB. hierauf nicht anwendbar ist,[1] fällt auch die dritte Möglichkeit des § 325 fort

3 Verzug eines Gesellschafters.

§ 16.

Für den Fall, daß bei gegenseitigen Verträgen der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug gerät, trifft das BGB. folgende Regelung.[2] Der andere Teil kann dem Säumigen eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung setzen mit der Erklärung, daß

1) s. o. S. 68.
2) § 326 BGB.

er nach Ablauf dieser Frist die Annahme ablehne. Erfolgt die Leistung während der Frist nicht, so ist der Anspruch auf Erfüllung nunmehr ausgeschlossen, dagegen stehen dem Gläubiger zwei andere Wege offen: er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, muß dann aber seine Gegenleistung ebenfalls bewirken[1] oder er kann von dem Vertrage zurücktreten, d. h. dieser Fall wird ebenso behandelt, als wenn dem säumigen Gesellschafter seine Leistung schuldhafterweise unmöglich geworden wäre. Hat der Verzug zur Folge, daß der andere Teil kein Interesse mehr an der Erfüllung hat, dann bedarf es des Setzens einer Frist nicht. Wird bis zum Ablauf der gesetzten Frist die Leistung nur teilweise erfüllt und hat diese Teilleistung für den andern Teil kein Interesse, dann kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangt oder vom ganzen Vertrage zurückgetreten werden.

Für den Fall, daß ein Gesellschafter mit seiner Beitragsleistung im Verzuge ist, bietet das Gesellschaftsrecht keine Regelung, ein Rücktrittsrecht wird den Gesellschaftern nicht gewährt, es sei denn, daß es vertragsmäßig ausbedungen wäre. Die Gesellschafter können naturgemäß nach der für Verträge allgemein geltenden Bestimmung des § 286 BGB. nachträgliche Leistung und Ersatz wegen der verspäteten Erfüllung verlangen. Weil ihnen dieses Recht zusteht, kann ihnen auch wegen des Verzuges ein Kündigungs- oder Ausschlußrecht nach §§ 723, 736 BGB. nicht gewährt werden, denn es fehlt

1) So wenigstens nach der herrschenden Ansicht. Vergl. o. S. 74, Anm. 1.

an dem notwendigen wichtigen Grunde, da die Leistung durch eine Klage erzwungen werden kann.

Bei den einfachen Verträgen besteht, wie gesagt, beim Verzug des Schuldners zunächst nur ein Anspruch auf Erfüllung und Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens, nur, wenn die Leistung infolge des Verzuges keinen Zweck mehr hat, kann Ersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Diese Rechte stehen, wie schon gesagt, dem vertragstreuen Teile bei den gegenseitigen Verträgen ebenfalls zu, bezüglich der zweiten Vorschrift wird dies sogar besonders noch einmal in § 326 Abs. 2 BGB. gehoben[1]. Der § 326 BGB. geht aber nach den obigen Ausführungen weiter, er gesteht dem in Verzug Befindlichen ein Rücktrittsrecht zu, wenn die Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat. Dies Recht wird ihm auch gewährt, desgleichen ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn er an der verzögerten Leistung noch ein Interesse hat, nur muß vorher eine angemessene dem Säumigen gesetzte

1) Hierin liegt eine Wiederholung des § 286 Abs. 2 BGB., doch ist dieselbe notwendig, weil sonst dessen Anwendbarkeit nach der vorausgegangenen Bestimmung des § 326 Abs. 1 auf die gegenseitigen Verträge zum mindesten zweifelhaft erscheinen müßte. Wenn Oertmann (S. 74) einen Unterschied zwischen § 286 Abs 2 und § 326 Abs. 2 dahin machen will, daß bei jenem die Leistung, bei diesem die Erfüllung kein Interesse mehr bieten dürfe, so scheint mir dies nicht zutreffend. Denn im ersten Paragraphen bedeutet „Leistung seitens des Schuldners" auch soviel wie Erfüllung des Vertrages. Im letzteren Paragraphen steht sich aber nicht nur ein Schuldner auf einer und ein Gläubiger auf der andern Seite gegenüber, sondern beide Parteien sind zugleich Gläubiger und Schuldner (s. o. S. 17 fg.) und es sind zwei Leistungen nötig, so daß in diesem Falle nur das Wort „Erfüllung" passend ist, obwohl beide dasselbe besagen sollen.

Frist verstrichen sein. Der Grund für diese weitergehendenden Bestimmungen des § 326 liegt darin, daß bei gegenseitigen Verträgen auch eine Gebundenheit auf Seiten des vertragstreuen Teiles vorhanden ist, insofern ja auch er seine Leistung bewirken muß. Um ihm nun die Möglichkeit zu geben, seine Leistung dem Säumigen zu entziehen, wird ihm das Rücktrittsrecht gegeben. Und wegen eben dieser Gebundenheit, wird ihm auch ein Druckmittel gegen dem anderen in die Hand gegeben, indem er diesem eine angemessene Frist setzen kann mit der Erklärung, daß er nach deren Ablauf die Annahme verweigern und nunmehr nach deren fruchtlosen Ablauf zurücktreten oder Ersatz wegen Nichterfüllung fordern kann.

Dieselbe Gebundenheit liegt nun bei dem Gesellschaftsvertrag ebenfalls vor und da das Gesellschaftsrecht für den Verzug eines Gesellschafters keine Annahme bietet, müssen beim Gesellschaftsvertrag auch die Rechte aus § 326 BGB. zustehn. Es kann eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung gesetzt werden, welche von den Gesellschaftern gemeinsam zu bestimmen ist. Denn andernfalls „könnte der einzelne Gesellschafter das Recht seiner Mitgesellschafter auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung durch eine einseitige Handlung beseitigen".[1] Ist nach Ablauf dieser Frist die Leistung nicht erfüllt, dann wird dies so betrachtet, als wenn die Leistung des im Verzuge Befindlichen durch einen Umstand unmöglich geworden

1) Knoke S. 50. Vgl. Eschelbacher S. 29.

wäre, der ihm zur Last fällt, d. h. der Fall wird dann wie der des § 325 BGB. behandelt.[1]

Schluß.

§ 17.

Wenn wir uns die Ergebnisse, welche wir im Laufe der vorstehenden Ausführungen fanden, noch einmal kurz zusammenfassen, so kommen wir zu folgendem Resultat. Der Gesellschaftsvertrag ist in dreierlei Beziehungen als ein gegenseitiger Vertrag anzusehen, wegen des wechselseitigen Versprechens

zur Beitragsleistung,
zur sonstigen Förderung des Gesellschaftszweckes,
zur Zuteilung der Gewinnquoten, und Übernahme eines Verlustanteils.

Was die beiden letzteren anbelangt, so kann man auf sie die §§ 320–327 BGB nur im beschränkten Maße zur Anwendung bringen. Bezüglich der Beiträge dagegen ist die Anwendbarkeit in allen Teilen durchführbar, mit einer einzigen Ausnahme nämlich des § 320 Stz. 2 BGB. Dessen Anwendung wird durch die Natur der Beiträge ausgeschlossen. Die vielfach als entgegenstehend angenommenen §§ 723 und 737 BGB. bedingen keinen Ausschluß der Paragraphen über die gegenseitigen Verträge, es sind vielmehr in manchen Fällen die einen, in manchen die anderen anwendbar, zum Teil ergänzen sie sich auch gegenseitig.

1) Bezüglich der hier vertretenen Ansicht vgl. Cosack Bd. II, S. 374; Knoke S. 50.

Wenn die Regelung durch die §§ 320—327 BGB. bezüglich der Gesellschaft in manchen Beziehungen eine schwierige war, so ist zu beachten, daß es in der Praxis zu diesen Schwierigkeiten in der Regel nicht kommen wird. Da die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum größten Teil nur dispositiver Natur sind, so werden die Parteien regelmäßig eine den speziellen Fall weniger kompliziert regelnde Lösung dadurch herbeiführen, daß sie dem Gesellschaftsvertrage eine andere entsprechende Verabredung hinzufügen. Die Gesellschaft ist ja ein Verhältnis, daß auf Grund des gegenseitigen Vertrauens der einzelnen Gesellschafter entstanden ist, societas ius quodammodo fraternitatis in se habet.